
U

LISBOA

UNIVERSIDADE
DE LISBOA



PRODUÇÃO NORMATIVA NÃO ESTATAL:

Pluralismo jurídico na área econômica

Universidade de Lisboa

Faculdade de Direito

Programa de Mestrado em Direito e Ciências Jurídico-Econômicas

Especialidade de Direito e Economia

2017/2019

Dissertação apresentada para obtenção do grau de Mestre.

Orientadora: Professora Doutora Silvia Isabel Alves

Mestrando: Luis Paulo Ferreira dos Santos

PALAVRAS-CHAVES:

DIREITO – ECONÔMICO e COMERCIAL – PLURALISMO JURÍDICO

LAW – ECONOMIC and COMMERCIAL – LAW PLURALISM

RESUMO:

Esta dissertação busca analisar a existência de pluralismo jurídico nas áreas econômica e comercial, a partir de duas alterações verificadas na produção jurídica normativa e decisória. A primeira, ocorrida no direito econômico após a virada do Estado de *Bem-Estar Social* para o Estado *Regulador*, em que houve a abertura para a iniciativa privada de diversos setores da economia, com a criação de novos mercados concorrenciais que passaram a ser regulados pelas *Agências Reguladoras*, fazendo surgir o que se convencionou chamar de direito híbrido, estatal, mas produzido com a participação do setor regulado, não derivando, portanto, *diretamente* dos Parlamentos. A segunda alteração refere-se à produção normativa e decisória não estatal, em especial aquela que se dá na área comercial, onde se verifica a abertura do mercado decisório à concorrência, dividindo os juízes estatais espaço com os árbitros privados, tanto na solução de casos concretos, quanto na construção da norma jurídica que regerá a disputa submetida à decisão. Assim, se na sentença o juiz estatal cria a norma jurídica que define a conduta a ser observada pela parte submetida à sua jurisdição, o árbitro privado faz o mesmo ao elaborar o laudo arbitral. A tese se divide em três partes. Na primeira, de caráter teórico, são expostas tanto as correntes de pensamento que sustentam ser monopólio estatal a produção de normas jurídicas, como as teses que possibilitam relativizar tal monopólio, demonstrando que o direito pode derivar de fontes não estatais. A segunda parte, apoiada nos elementos teóricos da primeira, avança para uma exposição sobre fatos ocorridos e casos concretos, narrando a transferência de ativos estatais para a iniciativa privada, ocorrida no Brasil com a criação de estruturas regulatórias próprias, bem como se dedica ao exame de produções normativas oriundas unicamente de fontes privadas, dotadas de eficácia social e convicção de obrigatoriedade, que pautam o comportamento em determinadas atividades. A terceira e última parte apresenta as conclusões deste trabalho.

ABSTRACT:

This dissertation seeks to analyze the existence of legal pluralism in the economic and commercial areas, based on two changes in the normative and decisive legal production. The first occurred in economic law after the turn of the welfare state to the regulatory state, where the opening to private enterprise of various economic sectors, with the creation of new competitive markets that were now regulated by regulatory agencies, giving rise to what is conventionally called hybrid, state law, but produced with the participation of the regulated sector, not deriving directly from parliaments. The second amendment concerns non-state normative and decision-making, especially in the commercial area, where the decision-maker is open to competition, with state judges sharing space with private arbitrators, both in solving concrete cases and in building of the legal norm that will govern the dispute submitted to the decision. Thus, if in the judgment the state judge creates the legal rule that defines the conduct to be observed by the party subject to its jurisdiction, the private arbitrator does the same in preparing the arbitration award. The thesis is divided into three parts. The first is of a theoretical nature, which exposes currents of thought that maintain that state monopoly is the production of legal norms and theses that make it possible to relativize this monopoly, demonstrating that law can derive from non-state sources. The second part, supported by the theoretical elements of the first, advances to an exposition about facts and concrete cases, narrating the transfer of state assets to the private initiative that occurred in Brazil with the creation of own regulatory structures, as well as to the examination of productions rules from exclusively private sources, endowed with social efficacy and a conviction of obligation, guiding the behavior of certain activities. In the last part are the conclusions.

SUMÁRIO

CAPÍTULO I

Introdução	01
I.a) Tema da investigação	01
I.b) Produção normativa	
I.b.1) Clássica	08
I.b.2) Estado Regulador	09
I.b.3) Sociedade globalizada	10
I.c) Organização topográfica da dissertação	18

CAPÍTULO II

Parte teórica	21
I.a) Anotações sobre o direito	21
II.b) Monopólio estatal normativo	
II.b.1) Aspectos da norma jurídica	27
II.b.2) Abordagem formal	28
II.b.3) Norma jurídica e sanção	29
II.b.4) Direito positivo estatal	34
II.b.5) Monismo jurídico	43
II.c) Coexistências normativas	
II.c.1) Direito não estatal ou natural	52
II.c.2) Pluralismo jurídico	58
II.c.3) Direito livre	70
II.c.4) Norma jurídica sem sanção	74
II.c.5) O problema das lacunas	79
II.c.6) Os costumes	84
II.c.7) Utilização dos costumes pelo juiz estatal	92
II.d) Conclusão da parte teórica	99

CAPÍTULO III

Atuação subsidiária do Estado, normatizações setoriais e as Agências Reguladoras	103
III.a) Privatização da operação das atividades econômicas	103
III.a.1) Liberalismo e intervencionismo estatal na economia	104
III.a.2) O caso brasileiro	110
III.b) As normas híbridas das Agências Reguladoras	116

III.c) Organização setorial do direito.....	121
--	-----

CAPÍTULO IV

Normatizações setoriais privadas	127
IV.a) <i>Soft law</i> :.....	127
IV.b) Pluralismo jurídico e <i>Lex Mercatoria</i>	131
IV.b.1) <i>Lex Mercatoria</i> no medievo.....	132
IV.b.2) Nova <i>Lex Mercatoria</i>	134
IV.c) Normatizações não estatais e autorregulação.....	150
IV.d) Casos concretos.....	152
IV.d.1) Publicidade.....	152
IV.d.2) Normas técnicas privadas.....	159
IV.d.3) Basileia.....	163
IV.d.4) Outras normas privadas.....	168
IV.e) Pluralismo jurídico decisório.....	169

CAPÍTULO V

Conclusão	183
Bibliografia	191

CAPÍTULO I INTRODUÇÃO

I.a) Tema da investigação

A tese posta neste trabalho surgiu de uma inquietação do mestrando, quando das pesquisas realizadas para as cadeiras cursadas no primeiro ano do curso de mestrado em Direito e Economia, junto à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Em vários momentos deparava-se com comportamentos de setores da sociedade civil, dos agentes econômicos, das empresas e até de autoridades públicas tomados como corretos e mesmo obrigatórios, porém não formulados em prescrições estabelecidas nas leis estatais. Poderiam esses ou alguns desses comportamentos ou padrões de condutas ser tomados como “direito” e estudados dentro do campo próprio da pesquisa jurídica?

Tal inquietude fez com que a pesquisa de mestrado seguisse para um caminho inicialmente mais amplo, mas que, com o tempo, foi se consolidando em um ponto central, relativo à possibilidade de coexistirem normas *jurídicas* estatais – portanto, postas pelos Estados – com outras normas igualmente *jurídicas* não estatais. Além deste ponto, em sede de regulação da atividade econômica, chamou a atenção a produção normativa estatal não derivada da clássica atividade legislativa do Parlamento.

Essa percepção relativa à existência de normas *jurídicas* não estatais, bem como à formação de um arcabouço jurídico regulatório cuja produção, embora possa ser estatal, não deriva necessariamente do Parlamento, foi relacionada com o desenho atual do Estado, no qual a iniciativa privada vem tornando-se protagonista não só da operação das atividades econômicas, como também de determinadas vertentes sociais e decisórias até então tidas como próprias do Estado.

Ao se perseguir essa possível alteração de paradigma por que estaria passando a produção normativa e mesmo a aplicação do direito ao caso concreto, verificou-se que tal fato ocorre, inicialmente, em razão de uma virada do Estado do Bem-Estar Social para um Estado simplesmente Regulador e, posteriormente, por uma mudança na feição dos Estados, em que se percebe um fluxo normativo de produção privada em setores importantes da vida social, notadamente nas relações econômicas e comerciais.

O primeiro desafio foi verificar o impacto da transferência da operação das atividades econômicas do Estado para a iniciativa privada, na forma da produção

normativa que regula essas atividades. Superado esse ponto, avançar para a análise da nova normatividade privada, constatando se esta pode ser caracterizada como *jurídica*, portanto, apreendida e tratada em sede de estudos jurídicos ou se somente as normas estatais admitiriam esse tratamento.

Considerar as normas estatais como jurídicas parece resultar de um consenso firmado a partir de uma perspectiva pautada por cânones geralmente aceitos pela doutrina tradicional. Avançar para a caracterização de algumas normas privadas como também jurídicas pode demandar, se não uma revisão conceitual, ao menos uma necessária revisita a alguns pensamentos jurídicos, sob pena de afastar o direito do diálogo que deve manter com uma nova realidade global, diminuindo a relevância do seu papel como regulador social e econômico.

Ressalte-se, desde logo, que não se questiona, nesta tese – ao contrário, se reafirma – o atributo *jurídico* das normas provenientes do Estado; o que será debatido é a possibilidade de se considerar como *jurídicas* outras normas não inseridas no arsenal legislativo pelo processo clássico de criação das leis estatais, mas, sim, derivadas de atuações híbridas ou, mesmo, exclusivamente privadas.

Na tentativa de dar correta dimensão à temática, buscou-se trazer como pano de fundo o desenho de um direito regulador, nascido a partir da privatização da operação das atividades econômicas, de um mercado concorrencial legislativo e decisório em determinados campos do direito, embora continue o Estado a operar neles com aparente preponderância sobre a iniciativa privada.

Quanto à atividade de produção normativa, esta passa a ser gerada por múltiplas fontes, que podem ser assim agrupadas: (a) sob o critério da territorialidade, como nacionais ou internacionais; (b) em um segundo grupo, quando transcenderem barreiras geográficas e atuarem no campo transnacional; ou, ainda, (c) quanto à sua produção, que poderá ser estatal, privada ou híbrida.

Em relação à aplicação da lei ao caso em concreto com a resolução da controvérsia surgida entre as partes, parece ter o Estado abdicado, também, do seu monopólio de julgar, ao permitir, e mesmo incentivar, a utilização de formas alternativas de resolução dos litígios, notadamente a arbitragem, a mediação e a conciliação, levadas a cabo pelas partes e operadas por entes privados.

Nesse contexto, não se trata de qualificar ou valorar as normas e as decisões estatais frente àquelas híbridas ou privadas, notadamente em sede de regulação social e

econômica,¹ mas, sim, de reconhecer a existência de produções normativas e decisórias que se afastaram do modelo tradicional e, a partir desse reconhecimento, se apropriar desta nova² forma de produção para, agora sim, tratá-la em seu mérito ou conteúdo.

O ponto de partida da tese passa a ser a construção de um *pressuposto* de validade do trabalho, que no correr da dissertação é testado, narrando o mestrando, no curso da exposição, bem como no capítulo destinado à conclusão, sua posição sobre o tema.

Esse *pressuposto* é estabelecido como uma verdade relativa, e se consubstancia na afirmação de que o Estado atual não detém o monopólio da produção *legislativa* e *decisória*, atuando com preponderância, mas, por vezes, em conjunto com entes privados, que também produzem *normas* e *decisões jurídicas* sem a participação do Estado.

O estudo do fenômeno jurídico possibilita, entre outras abordagens, uma que busca reduzi-lo ao conteúdo normativo contido nas leis escritas e impostas pelo Estado e outra que amplia o seu campo de abrangência, para entender como jurídicos conteúdos normativos que não estão prescritos em leis estatais, porém, ainda que não tenham o aval tácito ou expresso do Estado, são dotados de *eficácia*, ao produzirem efeitos na vida social e, notadamente, na econômica.

Esse debate entre uma visão restritiva e outra ampliativa do direito acaba remetendo ao problema da *eficácia da norma jurídica*, aspecto que parece mais relevante do que sua validade formal. Isto porque normas formalmente válidas podem não produzir efeitos no tecido social ou mesmo ser repelidas, caindo em desuso, enquanto normas cujas prescrições encontram par no comportamento social e dos agentes econômicos são dotadas de *eficácia*, ainda que não tenham sido produzidas pelo Estado.

Portanto, se é verdade que a validade da norma jurídica estatal demanda uma análise de pressupostos verticais de hierarquia, horizontais de especialização, temporais de vigência e espaciais de alcance, também é verdade que a sua operação a partir desses critérios fica restrita à organização do sistema jurídico estatal.

¹ A crise dos *subprimes* de 2008 demonstrou que nem sempre a autorregulação privada afasta as falhas de mercado, por vezes pode até potencializá-las, permitindo seu alastramento e transformação em sistêmica. Na Europa e “na sequência da crise de 2008, foi criado pela Comissão [Europeia] um grupo de alto nível com a missão de analisar, refletir e propor alterações do quadro regulatório dos mercados financeiros. As conclusões deste grupo vertidas no relatório final – *Relatório Larosière* – orientaram as reformas das instituições de supervisão financeira empreendidas pela União Europeia”. Paula Vaz Freire, *Mercado Interno e União Económica e Monetária: Lições de Direito Económico da União Europeia*, Ed. AAFDL, Lisboa, 2013, p. 289.

² Nem tão nova assim. Como se verá ao longo do texto, na Idade Média, boa parte do Direito teve como fonte normas não estatais.

Acontece que nem sempre a validade formal da norma frente ao sistema jurídico estatal reflete sua eficácia e respectiva efetividade social, muito menos sua simetria com os fatos e valores sociais contemporâneos à edição da norma ou aos que forem se consolidando em momento temporal posterior à sua edição. Daí perceber-se que determinadas normas estatais, em algumas ocasiões, poderão deixar de ser compatíveis com a dinâmica social e econômica vigente, demandando alteração do seu conteúdo normativo.

Como, de um lado, o direito estatal busca emprestar certa estabilidade à norma jurídica contida no preceito legal, tornando-a um comando de longa duração, e, de outro, a sociedade atual, dita por muitos como pós-moderna, vive em constante e veloz mutação – daí o conceito de sociedade líquida ou fluida³ –, os modos tradicionais de regulação estatal acabam por não darem conta da missão de reger, por meio de mecanismos rígidos, comportamentos fluidos. Surgem, então, descasamentos cotidianos de preceitos normativos estatais com a conduta social ou com a necessidade econômica tomada como válida e, ainda, com as demandas resultantes de processos econômicos⁴ e sociais em curso.

Resulta da observação desses acontecimentos o interesse da tese, agora posta, em abordar o tema do *pluralismo jurídico na área econômica e comercial*, buscando verificar a formação de dois conjuntos normativos: o *primeiro*, denominado *híbrido*, pois, além de resultante da transferência para a iniciativa privada da operação da atividade econômica, pode surgir de um concurso de atuações das quais participam o setor privado e o Estado;

³ “Pelo menos na parte ‘desenvolvida’ do planeta, têm acontecido, ou pelo menos estão ocorrendo atualmente, algumas mudanças de curso seminais e intimamente interconectadas, as quais criam um ambiente novo e de fato sem precedentes para as atividades da vida individual, levantando uma série de desafios inéditos. Em primeiro lugar, a passagem da fase ‘sólida’ da modernidade para a ‘líquida’ – ou seja, para uma condição em que as organizações sociais (estruturas que limitam as escolhas individuais, instituições que asseguram a repetição de rotinas, padrões de comportamento aceitável) não podem mais manter sua forma por muito tempo (nem se espera que o façam), pois se decompõem e se dissolvem mais rápido que o tempo que leva para moldá-las e, uma vez reorganizadas, para que se estabeleçam. É pouco provável que essas formas, quer já presentes ou apenas vislumbradas, tenham tempo suficiente para se estabelecer, e elas não podem servir como arcabouços de referência para as ações humanas, assim como para as estratégias existenciais a longo prazo, em razão de sua expectativa de vida curta.” Zygmunt Bauman, *Tempos líquidos*, tradução Carlos Alberto Medeiros, Jorge Zahar Ed., Rio de Janeiro, 2007, p. 7.

⁴ No setor financeiro, a regulação através de instrumentos normativos diversos da Lei em sentido estrito, tais como as *soft laws*, onde a Lei fixa critérios gerais e as normatizações feitas pelo administrador definem o conteúdo da norma administrativa, tem como motivos ser esse modelo “mais *eficiente* porque evita a tradicional conflitualidade ou choque de interesses em nível legislativo (a desvantagem de subtrair ao processo legislativo estas matérias é colmatada pela proceduralização com consultas públicas ou “judicialização” decisória). Depois, porque nesta área de especial tecnicidade se faz sentir a necessidade de uma grande *flexibilidade* normativa, tendo em conta a necessidade de acompanhar o desenvolvimento tecnológico que preside às relações sociais a regular, à complexidade técnica e científica das atividades profissionais, à rápida mutabilidade do quadro econômico e político, e a utilização das tecnologias baseadas na *Internet* que trazem a falta de um corpo conceptual firme sobre o qual actuar.” Luis Guilherme Catarino, “Direito Administrativo dos Mercados de Valores Mobiliários”, in *Tratado de Direito Administrativo Especial*, vol. III, coord. Paulo Otero e Pedro Gonçalves, Almedina, 2010, p. 465/466.

o *segundo*, puramente *privado*, porém dotado de *eficácia* e que deve ser estudado no âmbito da ciência jurídica, ainda que de forma interdisciplinar,⁵ e não afastado para análise em outras áreas do saber.

Nesse particular, parece que a abordagem do fenômeno jurídico através de compartimentos estanques, em que os temas que não estejam ligados à operação do sistema estatal devem ser afastados da ciência jurídica, acaba por levar o direito a um grau de abstração que pode não encontrar compatibilidade com a realidade normativa social e econômica, o que tornaria o sistema engessado frente às reais necessidades de regulação social e econômica da atualidade.

Ao contrário de isolar o direito, “[a] hermenêutica moderna, como leciona Mário Franzen de Lima, tem-se preocupado com os elementos sociológicos do direito, ao lado dos fatores econômicos, moral, político e religioso, fornecendo ao direito o conteúdo material”.⁶

Desde logo se afirma que, embora mencione a sua existência, esta tese não busca avançar para o estudo de um *pluralismo jurídico* a partir da ótica centrada na pesquisa de normas oriundas dos povos da floresta, dos indígenas latino-americanos, nem de determinadas comunidades ciganas ou nações africanas, temas que têm despertado tanto interesse para os estudiosos da Sociologia e da Antropologia do direito. Também não é foco desta dissertação aprofundar a debatida *pluralidade jurídica* resultante de normas originadas de movimentos sociais, associações de moradores de comunidades carentes e, mesmo, de grupos paramilitares que atuam à margem ou contra o direito estatal.⁷

Reafirma-se, aqui, o *direito estatal* e pontua-se este fato apenas para esclarecer que os temas mencionados no parágrafo anterior, embora relevantes para a pesquisa acadêmica, não representam o foco desta dissertação, tendo sido citados no corpo da tese apenas como forma de exemplificar a possível coexistência de ordens *jurídicas* normativas.

⁵ O estudo do direito com a admissão de uma abordagem interdisciplinar, notadamente da economia, da psicologia e da sociologia, vem crescendo e apresentando bons resultados, como se pode observar na relevância das abordagens comportamentais dos agentes econômicos, que envolve elementos psicológicos, bem como da análise econômica do direito. Professor Fernando Araújo destaca o crescimento dos estudos interdisciplinares em sede de economia comportamental, afirmando que os estudos “[...] nesses domínios que têm ocupado, com naturalidade, lugar de vanguarda na Ciência Económica e na Análise Económica do Direito – e consagração em Prémios Nobel da Economia.” Fernando Araújo, “Introdução: Encontro de Economia Comportamental”, *RJLB*, ano 3, n. 6, 2017, 249-251, p. 250.

⁶ Franzen de Lima, *Da Interpretação Jurídica*, 2. ed., Forense, Rio de Janeiro, 1955, p. 56/57, apud Jonatas Luiz Moreira de Paula, *O Costume no Direito*, Bookseller, Campinas/SP, 1997, p. 332.

⁷ Para uma abordagem do tema do pluralismo jurídico sob a ótica dos direitos humanos, ver: Antonio Carlos Wolkmer, “Pluralismo jurídico, direitos humanos e interculturalidade”, *Revista Seqüência*, n. 53, p. 113-128, dez. 2006.

A linha condutora da tese reside no questionamento sobre a possibilidade de manutenção do discurso que cria uma dicotomia entre a norma que é ou não jurídica, a partir da sua fonte ser *estatal*, *híbrida* ou *privada*, o que parece não ser mais compatível com o novo arranjo organizacional da sociedade mundial, em que o papel do Estado-Nação Soberano vem sendo reduzido gradativamente, a ponto de se poder questionar, inclusive, a atual validade dos seus elementos clássicos.⁸

Tradicionalmente, citam-se, como elementos constitutivos básicos do Estado: (i) *o povo*, (ii) *a soberania* e (iii) *o território*.

O *povo*, conforme lição do Professor Jorge Miranda, é “[...] a comunidade dos cidadãos ou súditos, a *universitas civium*. E porque o poder sobre todos recai e a lei a todos se dirige, bem pode aduzir-se que a regra fundamental que lhe preside vem a ser da unidade, a qual postula, logicamente, universalidade e igualdade de direitos e deveres”.⁹ A *soberania* poderia ser definida “como o poder que o Estado tem de construir e fundamentar de maneira livre a sua ordem jurídica”¹⁰ e *território*, o que constitui a base geográfica do poder.¹¹

O problema que se coloca em debate frente às clássicas definições de *povo*, *soberania* e *território* resulta, em parte, da rapidez do avanço tecnológico, coadjuvado pelo surgimento de comunidades políticas cuja extensão territorial supera os limites de determinado Estado.

Em relação à identidade cultural e unidade de determinado *povo*, esta passa a interagir e ser permeada por outras culturas, seja instantaneamente via ambiente virtual, seja em razão do fácil deslocamento realizado por meio de transportes de longa distância e, ainda, por conta de crescentes fluxos migratórios. A coexistência em um mesmo espaço, real ou virtual, de comportamentos, costumes e hábitos com matrizes diferentes acaba por colocar em xeque a unidade postulada por determinado povo, que, por isso mesmo, demanda direitos e deveres não necessariamente iguais.

A *soberania* igualmente sofre abalos, já que razões basicamente políticas e econômicas levam os Estados a se agruparem em comunidades cujo espaço territorial

⁸ Daury Cesar Fabríz & Cláudio Fernandes Ferreira, “Teoria Geral dos Elementos Constitutivos do Estado”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, p. 115.

⁹ Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, v. II, Tomo III – Estrutura Constitucional do Estado, 1.ed., Ed. Coimbra, Coimbra, 2014, p. 62.

¹⁰ Daury Cesar Fabríz & Cláudio Fernandes Ferreira, “Teoria Geral dos Elementos Constitutivos do Estado”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, p. 122. Disponível em meio eletrônico através do link:

<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/download/1192/1125>, consulta realizada às 08:35 h. de 11 jun. 2019.

¹¹ Paulo Bonavides. *Ciência Política*. 10. ed., 1994, 9. tiragem, Malheiros Editores, São Paulo, p.107.

transcende as linhas político-geográficas dos países que as integram, como se vê claramente com os exemplos da comunidade econômica europeia e da tentativa, ainda embrionária, de criação de uma comunidade semelhante na América do Sul por meio do Mercosul.

Para conviverem em comunidade, com moeda única e adoção de determinadas regras comuns a todos os países integrantes, estes abrem mão de parte de sua *soberania*, tomada esta no seu conceito clássico. Ao se deslocar a observação para o espaço virtual, a quebra do conceito clássico de *soberania* passa a ser mais nítida, na medida em que inexistente um território predeterminado sobre o qual um único Estado possa exercer sua soberania. O ambiente virtual não se limita a um único Estado soberano.

O *território*, por sua vez, além de sofrer flexibilizações em seus antes claros limites geográficos, políticos e administrativos – como a possibilidade de livre circulação de pessoas e produtos em comunidades formadas por mais de um país –, em sede virtual deixa de ser relevante, não mais constituindo elemento essencial para a atuação privada e mesmo pública através da grande rede.

O fato considerável é que a atuação no mundo virtual desconhece fronteiras.

A possibilidade de questionar a forma de constituição atual dos Estados e seus elementos facilita, também, avançar para questionamentos relativos à validade da definição do que é ou não norma *jurídica* com base em uma postura que parte do sujeito produtor, em que o Estado deixa de ser o único revelador dessa espécie normativa.¹²

Motivado também por essas razões é que o presente trabalho busca verificar se podem ser trazidas para o campo do direito, sendo, portanto, passíveis de investigação pelo jurista, as normas que não detêm, quanto ao seu nascimento, uma filiação estatal.

Assim, a investigação que resultou nesta tese buscou verificar as alterações na produção normativa econômica, bem como definir se é possível falar em um direito existente fora do direito positivo estatal, ainda que derivado de um novo modelo de Estado, agora mais regulador e atuando em um contexto social e econômico de globalização tecnológica. Em determinados casos e sob certos aspectos, essas normatizações tangenciam as instituições estatais para estabelecer regras e padrões de condutas, cuja implementação independe da vontade do Estado e, paradoxalmente, por vezes, é até mesmo incentivada por este ente.¹³

¹² “O processo onde o Estado deixa de ser o centro da produção normativa é conhecido por descentralização das fontes.” Marcelo D. Varella, *Direito Internacional Público*, 6. ed., tomo 5, Saraiva, 2016.

¹³ Neste ponto, vale ressaltar a crescente transferência, para o setor privado, da resolução dos conflitos de interesse pautados por direitos disponíveis, tendo os Estados incentivado soluções com lastro em mediações

I.b) Produção Normativa

I.b.1) Clássica

Ao se tratar do Estado Democrático de Direito, é lugar comum nas cadeiras da licenciatura a clássica divisão de poderes atribuída a Montesquieu¹⁴ (Executivo, Legislativo e Judiciário), em que cabe ao *Legislativo* criar as leis que serão impostas pelo Estado a toda a sociedade, cabendo tanto ao *Executivo*, quanto ao *Judiciário*, pautar suas condutas tendo em vista os conteúdos normativos contidos nas leis estatais.

O processo legislativo, desenvolvido de forma interna ao Estado, segundo a doutrina clássica, goza de oficialidade, sendo entregue à sociedade depois de concluído, regra geral, mediante publicação em diários oficiais; é o que se poderia chamar de *direito positivo*, entendido este como “[...] o conjunto de normas, estabelecidas pelo poder político, que se impõem e regulam a vida social de um dado povo em determinada época”.¹⁵

O fato de nos Estados democráticos de direito as leis serem redigidas por representantes do povo eleitos mediante votação direta não retira a oficialidade do processo legislativo. Assim é porque, uma vez eleitos, os parlamentares passam a ser portadores não só da vontade dos eleitores, como também da representação estatal que incorporam na qualidade de agentes públicos políticos.

O norte clássico da produção legislativa é dado pela bússola da oficialidade, sendo o Estado o detentor do poder de dizer o que é o direito, seja por intermédio do *legislador* e suas leis, do *Executivo* que pauta sua atuação nas leis estatais, agindo com maior ou menor poder discricionário a partir do espaço criado pelo próprio instrumento normativo do Estado, seja, ainda, por meio do *Judiciário*, que utiliza as ferramentas legais recolhidas do depósito normativo estatal vigente, ora para resolver conflitos de interesses que lhe são submetidos, ora para impor condutas obrigatórias, sancionando seu descumprimento.

O processo decisório do juiz – e como ele acontece – sempre despertou interesse da academia, provocando ricos debates, principalmente em casos cuja resolução demanda aplicação de princípios gerais de direito, quando se depara o julgador com o problema

e arbitragens privadas, que, por vezes, admitem a utilização de normas não estatais como fonte de direito. Ver título IV.e) Pluralismo jurídico decisório, deste trabalho.

¹⁴ Montesquieu [1689-1755]. *Do Espírito das Leis*, tradução e notas Miguel Morgado, Edições 70, p. 338. Textos Filosóficos.

¹⁵ Maria Helena Diniz, *Manual de Direito Civil*, 2. ed.. Saraiva, São Paulo, 2018, p. 21.

das lacunas legislativas e sua integração, e, também, nos casos difíceis de que trata Dworkin.¹⁶

Entretanto, em qualquer das hipóteses, fato é que o juiz estatal pertence à estrutura organizacional dos Estados e, mesmo quando julga mediante a aplicação de princípios não contidos de forma explícita no texto legal ou supre a lacuna legislativa criando a norma jurídica para o caso concreto, ainda assim, quem se manifesta por intermédio do juiz é o próprio Estado. Pode-se concluir, pois, que, também nesses casos, a *declaração* do direito é obra estatal.

Portanto, essa tem sido a temática central da produção clássica legislativa: a legislação do Estado e sua aplicação.

Ocorre que essa temática, após a adoção do conceito de um Estado residual meramente regulador de atividades econômicas privadas, demanda questionamento, não mais suportando uma aceção de verdade absoluta que, se não relativizada, pode levar à negação das transformações econômicas e sociais em curso e ao aprisionamento do estudo do direito em categorias teóricas cada vez mais descoladas da realidade.

I.b.2) Estado Regulador

Mesmo deixando de exercer, neste momento de introdução da tese, qualquer juízo de valor sobre o foco central do tema pesquisado, é necessário admitir como fato a existência de uma nova onda *privatista* que vendeu, com ou sem razão, além de empresas estatais, a *ideia* de que aquilo que é realizado pelo setor privado é melhor, em termos de eficiência, do que o que é feito pelo setor público. Essa onda avançou por sobre vários Estados ocidentais a partir do final do século passado (séc. XX), resultando na transferência, para o setor privado, de uma série de atividades antes exercidas e operadas diretamente pelo Estado. Este passou, então, a atuar como simples regulador daquelas atividades.

Não se questiona que o esgotamento econômico do modelo estatal fundamentado no conceito do Estado de Bem-Estar Social, bem como a impossibilidade financeira de dar cumprimento e efetividade a todas as promessas sociais implícitas a esse modelo de organização facilitaram o [re]surgimento de um velho/novo desenho estatal, em que a política econômica liberal parece voltar a preponderar.

Exemplo dessa nova orientação pode ser dado com o processo de privatização das empresas públicas e de transferência de suas atividades econômicas para o setor privado,

¹⁶Ronald Dworkin, *Levando os Direitos a Sério*, tradução Nelson Boeira, Martins Fontes, São Paulo, 2011, p.127-203.

por meio de concessões, autorizações e permissões, inclusive da exploração de tarefas ligadas às *public utilities*, ocorrido no Brasil a partir dos anos 1980¹⁷ e consolidado em 1997,¹⁸ com a venda de dezenas de empresas públicas e a captação de recursos da ordem de 19,9 bilhões de dólares.¹⁹ Atualmente (2019), esse processo de privatização retoma sua força no país, tendo a Petrobras vendido parcela substancial de sua participação na BR Distribuidora, alcançando o produto da venda²⁰ valores próximos aos 10 bilhões de reais.

Como a tese desenvolvida neste trabalho passa pela demonstração de que a alteração na forma da produção normativa e, ainda, a abertura do mercado legislativo e decisório para a iniciativa privada vieram no bojo e como uma das consequências dessa nova onda de privatizações, o assunto será objeto de um título próprio.²¹

Isto porque, independentemente da euforia econômica que a opção *privatista* propiciou e dos benefícios importantes em termos de *bem-estar* material que foram sentidos, fato é que tal movimento não parece ter se limitado, quanto aos seus efeitos, à alienação de ativos públicos, muito menos à retirada do Estado de setores importantes da economia, que passam a ser operados diretamente pela iniciativa privada. Uma segunda onda *atinge a privatização de parte da produção legislativa e mesmo da aplicação do direito*, que, na esteira de outras privatizações, passa a ser também outorgada a setores específicos da sociedade, em determinados casos, com a chancela expressa e o incentivo do Estado.

I.b.3) Sociedade globalizada

O avanço da corrida tecnológica, aliado ao que se convencionou chamar de *nova onda privatista* dominante no pensamento econômico ocidental, propiciou a quebra de barreiras geográficas, e as empresas puderam passar a planejar suas atuações em um contexto global, que leva em conta a assimetria dos custos de produção verificada entre os países.

¹⁷ Em 1985, foi editado no Brasil o Decreto nº 91.991, que institui o embrião do projeto da transferência, para a iniciativa privada, da exploração de várias atividades econômicas.

¹⁸ A Lei brasileira nº 9.491, de 1997, alterou os procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização, consolidando as privatizações.

¹⁹ Dados disponibilizados pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES no endereço eletrônico: <http://www.bndes.gov.br> – desestatização – histórico.

²⁰ “A Petrobrás se desfez de 30% do capital da BR com a venda de ações da empresa no mercado financeiro por R\$ 8,56 bilhões, mas manteve participação de 41,25%. Com a venda de mais um lote residual de ações, a arrecadação deve alcançar R\$ 9,6 bilhões. A presença estatal na distribuidora, por sua vez, irá cair ainda mais, para até 37,5%. De qualquer forma, a petroleira deixou de ser a acionista controladora da BR, ao mesmo tempo em que manteve o posto de maior acionista individual.”

Disponível em: <http://www.sindipetrolp.org.br/noticias/26818/br-distribuidora-inaugura-controle-pulverizado>, consulta realizada em 23 out. 2019 às 18:10 h, horário de Lisboa/PT.

²¹ Vide título III.a) Privatização da operação das atividades econômicas, deste trabalho.

Assim, a *globalização* almejou e tem conseguido tornar o mundo um só grande mercado, onde empresas transnacionais podem atuar sem as limitações geográficas outrora traçadas pela cartografia política.

Se, de um lado, a conexão entre economias regionais possibilitou a redução dos custos de transação e a apropriação de benefícios econômicos, por outro, esse atrelamento transformou a economia mundial em um sistema que opera em rede, aumentando os riscos sistêmicos e seus efeitos, como se viu na crise econômica de 2008.²²

Em um primeiro momento, imaginava-se que a *globalização* traria, como efeitos, a equalização e a planificação das economias regionais entre si, com a consolidação de contextos simétricos propiciando uma atuação equilibrada em rede, cujo pressuposto de funcionamento trazia, como discurso implícito, a vitória do liberalismo econômico, ainda que certas concessões sociais tivessem sido feitas. “Esperava-se que a globalização disseminasse a prosperidade econômica pelo mundo, e que, como resultado, pessoas da Índia e no Egito usufruíssem das mesmas oportunidades de privilégios de pessoas na Finlândia e no Canadá. Uma geração inteira cresceu sob essa promessa.”²³

Entretanto, como chamou a atenção Harari, essa promessa parece não ter se efetivado, observando-se uma aceleração mundial na concentração de renda, bem como na assimetria econômica global, a ponto de o professor da Universidade de Jerusalém afirmar que “[hoje], o 1% mais rico é dono de metade da riqueza do mundo. Ainda mais alarmante, as cem pessoas mais ricas possuem, juntas, mais do que as quatro bilhões mais pobres”.²⁴

Thomas Piketty, ao se referir à desigualdade mundial da riqueza no século XXI, formula o seguinte questionamento: “Será que as forças da globalização financeira não correm o risco de conduzir a uma concentração do capital ainda maior do que todas as observadas no passado, se é que já não é o caso?”²⁵

Sabe-se que a desigualdade *extrema*, como aponta o Professor Fernando Araújo, pode colocar em risco a coesão social;²⁶ portanto, deve ser diagnosticada e evitada.

²² “A crise de 2008 foi um choque planetário. Em 2017, ainda carregamos os seus impactos, pois o essencial das dinâmicas que a geraram continua presente.” Ladislau Dowbor, *A era do capital improdutivo: A nova arquitetura do poder, sob dominação financeira, sequestro da democracia e destruição do planeta*, 2. ed., Ed. Outras Palavras e Autonomia Literária, 2018, p. 32.

²³ Yuval Noah Harari, *21 lições para o século 21*, tradução Paulo Geiger, 1. ed., Companhia das Letras, São Paulo, 2018, p.104.

²⁴ Idem.

²⁵ Thomas Piketty, trad. Monica Baumgarten de Bolle, *O Capital no século XXI*, Intrínseca, Rio de Janeiro, 2014, p. 419.

²⁶ “Independente das causas que existam para uma repartição desigual de rendimentos – discriminação pela procura, diferenciais compensatórios, diversidade de talentos e de méritos, capital humano –, o simples

Além da concentração de renda, com a abertura dos mercados e a globalização da economia, aflora o problema do combate à formação dos cartéis²⁷ internacionais, o que demanda regramentos multilaterais.²⁸

Em relação à produção do direito em tempos de sociedade e mercado globalizados, tem-se que o modelo econômico global prega a diminuição do Estado e seu afastamento da operação das atividades econômicas, ocasionando, como resultado, concentração de capitais²⁹ e possibilidade de detenção de recursos produtivos

facto da desigualdade pode constituir um problema em si mesmo, quando socialmente se percebe que certos extremos foram ultrapassados, e que portanto pode estar a ser posta em causa a própria coesão e homogeneidade internas que parecem fundamentar a subsistência da sociedade.” Fernando Araújo, *Introdução à Economia*, 2. ed. v. II, Almedina, p. 839.

²⁷ “Como é sabido, os cartéis constituem organizações estáveis entre concorrentes que estabelecem acordos entre si, relativos a aspectos essenciais do mercado (preços, quantidades, territórios), com vista à maximização do lucro individual. Os cartéis são organizações sofisticadas de cooperação em que a atuação de cada um dos agentes no mercado passa a integrar-se numa estratégia concertada.” Paula Vaz Freire, “Análise económica dos programas de clemência no direito da concorrência”, *RJLB*, ano 1 (2015), n. 1, 191-203, p. 191.

²⁸ “A globalização, especialmente após a criação da Organização Mundial do Comércio – OMC, tem permitido que agentes econômicos atuem em países nos quais não estejam fisicamente instalados, atribuindo um novo perfil à distribuição de capitais e ao poder dela decorrente, causando distorções nos intercâmbios comerciais, nos fluxos de pagamento e de informações. Embora a defesa da concorrência seja caracterizada pela descrição e análise de elementos e estruturas de mercado, que demonstram os custos advindos da ausência de competição para a coletividade, a globalização possibilitou que as empresas, cada vez mais internacionalizadas e oligopolizadas, no intuito de incrementar seus ganhos, adotassem comportamentos colusivos, como os cartéis internacionais, o que se configura acordos ilícitos entre empresas concorrentes para fixar preços, reduzir o volume de produção ou dividir os mercados de atuação, o que elimina os benefícios do processo competitivo, produzindo efeitos nocivos de forma simultânea, em diversos países, provocando conflitos de leis e jurisdições. A necessidade de repreensão aos cartéis internacionais tem gerado debates acerca da criação de regras internacionais de política de concorrência no âmbito da Organização Mundial do Comércio – OMC. Neste trabalho, examinam-se as perspectivas de adoção de regras multilaterais em defesa da concorrência, objetivando a persecução dos cartéis internacionais, além de outras tentativas de alcance dessa conduta, como a aplicação extraterritorial das leis de defesa da concorrência, os acordos bilaterais entre países e os regionais, entre nações ou blocos econômicos.” Karla Margarida Martins Santos, *Cartéis internacionais: Uma abordagem dos mecanismos extraterritoriais de persecução*, resumo da tese. Disponível em: <http://www.funag.gov.br/ipri/btd/index.php/10-dissertacoes/764-carteis-internacionais-uma-abordagem-dos-mecanismos-extraterritoriais-de-persecucao>. Acesso em: 8 jan. 2020 às 09:18 h., horário de Brasília.

²⁹ Nas últimas três décadas, observou-se uma tendência à criação de grandes conglomerados empresariais mundiais resultantes de compras e fusões, cujos valores *estimados* ultrapassam a casa dos 1,1 trilhão de dólares. Disponível em: <https://forbes.uol.com.br/listas/2017/12/as-10-maiores-operacoes-de-fusoes-e-aquisicoes-da-historia/#foto1/10>. Consulta realizada em 12 jun. 2019 às 08:31 h.

Operação	Valor da operação <i>estimado</i> em bilhões de dólares	Ano
Compra da Mannesman pela Vodafone.	180,95	1999
Compra da Time Warner pela AOL.	165,00	2000
Compra de 45% da Verizon Wireles pela Verizon Communications.	130,00	2013
Fusão da Dow Chemical com a DuPont.	130,00	2017

essenciais³⁰ nas mãos de quem participa na outra ponta do mercado concorrencial – isto, em nível internacional – e privatização não só das atividades econômicas, como também de utilidades públicas e de parte do direito.

Neste cenário, parece importante colocar em debate quem formulará as regras mediante as quais será exercido o controle da regulação econômica e social. Mais ainda: tais regras estarão legitimando transferências de renda da base da pirâmide social para seu vértice ou, ao contrário, funcionarão como alicerce de criação de uma sociedade mundial equilibrada, na qual as assimetrias regionais tenderão a ser diminuídas?

Observa-se que, a partir dos anos 1970, a velocidade e a intensidade do desenvolvimento tecnológico, político, econômico e social ganharam proporções relevantes, tendo como cenário a abertura de novos mercados³¹ em um mundo onde o capitalismo ganhou a Guerra Fria e derrubou muros imaginários e reais³² que antes dividiam pessoas e pensamentos.

Apenas para se ter em conta o tamanho da expansão comercial em um quadro de globalização econômica, de 1970 a 2000 – portanto, em um espaço de três décadas –, o crescimento do comércio exterior deu-se a “uma taxa três vezes superior ao PIB mundial”.³³

Ao atuar como uma liga ao mesmo tempo indutora e potencializadora, a tecnologia propiciou o rompimento definitivo com os limites geográficos *reais* antes

Compra da SAB Miller pela Anheuser-Busch InBev.	130,00	2015
Compra da Warner-Lambert pela Pfizer.	111,80	1999
Fusão da Heinz com a Kraft.	70,00	2015
Compra do ABN Amro pelo RFS Holding.	98,00	2007
Compra da Time Warner pela AT&T(ainda não finalizada).	85,00	2016
Fusão da Exxon com a Mobil.	80,00	1998

³⁰ “Um recurso económico essencial (*essential facility*) pode revestir a forma de um produto, de um serviço, de uma infraestrutura de rede ou de informação. Assim, em determinadas circunstâncias, podem qualificar-se como *essential facilities* matérias-primas, serviços de acesso a locais geograficamente delimitados ou a redes de distribuição, bem como informações técnicas protegidas por direitos de propriedade intelectual.” Paula Vaz Freire, “A obrigação de facultar o acesso a recursos produtivos essenciais no direito da concorrência”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, v. XLIX, n. 1 e 2, Ed. Coimbra, 2008, p. 118.

³¹ Luiz Fernando do Vale de Almeida Guilherme, *Manual de Arbitragem e Mediação: conciliação e negociação*, Saraiva, São Paulo, 2018, p. 214.

³² O muro de Berlim, símbolo da divisão do mundo em duas ideologias antagônicas e inimigas, teve sua queda em 1989, após anúncio da Alemanha Oriental de que seus cidadãos poderiam visitar Berlim Ocidental.

³³ Roberto Giannetti da Fonseca, *Memórias de um Trader: A história vivida do comércio exterior brasileiro nos anos 70 e 80*, IOB, São Paulo, 2002, p.13.

conhecidos. Pela grande rede,³⁴ são realizados praticamente todos os tipos de transações comerciais e financeiras, além de interações interpessoais, que contornam as estruturas estatais, aproximando o que até então era distante e lançando obsoletas estruturas e instituições ao risco de aposentadoria forçada.

Nesse quadro, já há quem sustente que “[...] a globalização fez com que surgisse uma *sociedade mundial*”.³⁵ Mas o possível surgimento dessa sociedade global não se fez acompanhar da criação de instituições estatais mundiais que pudessem replicar as experiências institucionais nacionais agora no plano global. É verdade que a busca de hegemonia política e econômica levou grandes potências culturais, econômicas e bélicas a atuarem em bloco, unindo-se ao redor de interesses comuns; entretanto, ainda não há um governo global capaz de submeter a todos e traçar regras gerais estatais para serem seguidas por toda a humanidade.

O planeta continua um espaço habitado por pessoas diferentes. Os seres humanos divergem em crenças religiosas, convicções e valores morais, pensamentos econômicos e sociais, organizações e estruturas legais, desejos e aspirações. A identidade humana global, embora cada vez mais compartilhada, forma-se a partir da diversidade. Daí a razão para o direito permitir a inserção, em seu campo de atuação, de fenômenos normativos setoriais diversos, manifestados por intermédio de múltiplas fontes – inclusive privadas –, que podem transcender limites geográficos, regulando temas específicos.

As diferenças, quando tratadas em linha de oposição, tendem a separar. Entretanto, a tecnologia da informação coloca à disposição de praticamente todos a possibilidade de conhecer e interagir com o diverso,³⁶ reconhecendo nas diferenças a chance de compreender e absorver conteúdos distintos dos que pautam a vida de determinada sociedade em específico, havendo quem sustente que tem a sociedade pós-moderna, como uma de suas características, o fato de ser uma *sociedade da informação*.³⁷

³⁴ Internet.

³⁵ “Niklas Luhmann adverte que a globalização fez com que surgisse uma *sociedade mundial* e que existe desenvolvimento global desequilibrado. Ainda, há uma acirrada competitividade de empresas transnacionais, e o que importa é a produtividade e o consumo de bens.” Carlos Roberto Claro, “Estado regulador e atividade empresarial na sociedade pós-moderna”, in *Revista do Ministério Público do Rio de Grande do Sul*, n. 64, Porto Alegre, 2009, p. 141.

³⁶ Na União Europeia, houve a Recomendação da Comissão 2206/585/CE, de 24 de agosto de 2006, sobre a digitalização e a acessibilidade em linha de material cultural e preservação digital (J.O. nº L236 de 31/08/2006, p. 28-30); Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões – O patrimônio cultural da Europa ao alcance de um clique: progressos na digitalização e acessibilidade em linha de material cultural e na preservação digital na EU [SEC(2008)2372] COM/2008/0513 final (procede à avaliação da aplicação da recomendação 2006/585/CE; acesso ao acervo cultural através da plataforma *Europeana*). Paula Vaz Freire, “O Direito Comunitário do Patrimônio Cultural”, in *Direito da Cultura e do Patrimônio Cultural*, org. Carla Amado Gomes e José Luís Bonifácio Ramos, Ed. AAFDL, Lisboa, 2011, p. 449/450.

³⁷ Luiz Antonio Scavone Junior, *Manual de Arbitragem, Mediação e Conciliação*, 5. ed., Forense, Rio de Janeiro, 2014, p. 250.

A contemporaneidade tem transformado a passos acelerados o próprio conceito do que seja revolução, hoje não mais atrelada, necessariamente, à utilização de armas nem à entrega de vidas em defesa de determinadas ideologias ou causas. Por vezes, o impacto de algum ato praticado ou divulgado em rede virtual tem alcance maior do que manifestações presenciais, além de repercussão e capilaridade imediatas. A revolução na pós-modernidade consiste, basicamente, na possibilidade de acesso à informação e ao conhecimento e na capacidade generalizada de obtê-los, seletiva ou genericamente, e nas consequências que tal democratização vem gerando em nível mundial.³⁸

Assim, o que é longe, do ponto de vista geográfico, torna-se próximo em ambiente virtual, os diferentes interagem e o que antes afastava agora pode unir.

Mas quais normas, produzidas por quais grupos de pessoas ou instituições – *estatais*, *privadas* ou *híbridas*– darão conta da tarefa de harmonizar o comportamento dos que são diferentes? O direito estatal, com suas categorias e formalidades, está ou estará preparado para essa tarefa?

Logo na introdução alerta-se que a tese desenvolvida neste trabalho não tem a pretensão de oferecer resposta para essas perguntas; entretanto, o fato de colocar em debate as *fontes atuais da produção normativa*, notadamente aquelas relativas às áreas econômica e comercial, talvez possa contribuir para o aprofundamento de estudos futuros sobre o tema.

O que se verifica em relação à produção normativa é que a verticalização e a centralidade estatal, que são fatores orgânicos dos sistemas jurídicos nacionais de tradição na *civil law*, baseados no direito dos Códigos, possivelmente possam ser desconstruídas para dar lugar a normas horizontais de fontes *plurais* agrupadas em setores, que se adequem de forma mais dinâmica ao novo papel assumido pelo Estado Regulador, qual seja, funcionar como coadjuvante do processo econômico no plano interno, ou mesmo no externo.

Os espaços geográficos, políticos e econômicos rigidamente determinados foram flexibilizados pela economia de mercado aberto, e não mais se vive a partir de fronteiras físicas limitantes. Os capitais fluem quase que instantaneamente através de dutos virtuais que percorrem boa parte do mundo ocidental. Toma-se como nota exemplificativa o

³⁸ “Em outras palavras, o conhecimento é força de produção, equiparado às máquinas do período capitalista. E ainda conforme o mesmo Lyotard, o saber será o desafio na competição mundial pelo poder e haverá (na prática já existe) grande disputa pelo domínio desenfreado de informações.” Carlos Roberto Claro, “Estado regulador e atividade empresarial na sociedade pós-moderna”, in *Revista do Ministério Público do Rio de Grande do Sul*, n. 64, Porto Alegre, 2009, p. 139.

processo de privatização de ativos estatais brasileiros, que foi caracterizado por amplo fluxo transnacional de capitais.³⁹

Na seara comercial, surgiu e intensifica-se o *e-commerce*, feito em ambiente virtual por meio de computadores, o *m-commerce*, que utiliza a tecnologia móvel, e o *t-commerce*,⁴⁰ feito via outros meios tecnológicos, como a televisão. Através da internet pode-se vender um produto de forma remota a comprador que esteja do lado oposto do oceano, em outro continente, em alguns minutos. Dependendo de qual produto se esteja comprando, a entrega também poderá ocorrer em minutos ou instantaneamente. Toma-se, como exemplo, a aquisição de *e-books* via *sites* de livrarias virtuais, o que torna os fatores tempo e distância “cada vez menos relevantes”.⁴¹

A globalização, posta como fato concreto, relativiza a validade de alguns alicerces do estudo do direito. No campo do direito administrativo, talvez o mais estatal dos ramos do direito, pesquisadores buscam identificar um direito administrativo global e admitem que “[...], o mundo tem passado por transformações significativas nas últimas décadas, resultantes de um processo de intensificação e modificação de relações sociais nunca antes visto, que tem encurtado distâncias, facilitado o acesso à informação e impulsionado o intercâmbio de ideias, recursos financeiros e comércio internacional. Tal processo foi viabilizado, sobretudo, pela revolução dos meios de transporte, comunicação e da tecnologia da informação”.⁴²

Quando se consideram as relações estabelecidas entre partes inseridas em um contexto de globalização comercial, observa-se que a estrutura jurídica interna dos Estados é ultrapassada,⁴³ não no sentido de antiguidade, mas, sim, no de aspecto geográfico e político, admitindo a doutrina que trata do tema a coexistência de *hard* e *soft laws*, aquelas, de produção estatal, e estas, híbridas ou mesmo privadas, a pautarem

³⁹ “[...] das empresas estatais privatizadas, 58,7%, foram compradas por consórcios mistos com a participação equivalente de capital nacional e estrangeiro e 41% corresponderam a compras por parte de empresas e consórcios estrangeiros. A tentativa dos grupos nacionais de integrar consórcios para a disputa dos leilões de telefonia celular e operação por satélite foi malograda, como também o foi a tentativa de conglomeração para os setores de equipamentos e eletrônica profissional.” José Carlos Miranda, Maria da Conceição Tavares e José L. Fiori, *Estados e Moeda no Desenvolvimento*, Ed. Vozes, Petrópolis, 2000, p. 343, apud Carlos Roberto Claro, “Estado regulador e atividade empresarial na sociedade pós-moderna”, in *Revista do Ministério Público do Rio de Grande do Sul*, n. 64, Porto Alegre, 2009, p. 147.

⁴⁰ Luiz Antonio Scavone Junior, *Manual de Arbitragem, Mediação e Conciliação*, 5. ed., Forense, Rio de Janeiro, 2014, p. 251.

⁴¹ Idem.

⁴² Gustavo Binenbojm, *Poder de Polícia, Ordenação, Regulação. Transformações Político-Jurídicas, Econômicas e Institucionais do Direito Administrativo Ordenador*, Ed. Fórum, Belo Horizonte, 2016, p. 311.

⁴³ Luiz Antonio Scavone Junior, *Manual de Arbitragem, Mediação e Conciliação*, 5. ed., Forense, Rio de Janeiro, 2014, p. 251.

negociações transnacionais e condutas internas aos Estados, como será verificado no capítulo IV desta tese.⁴⁴

A constatação de que a globalização, associada à revolução tecnológica, construiu um cenário propício ao alargamento do espectro de atuação do setor privado acaba por tornar importante questionar até que ponto é possível o afastamento do Estado do campo onde o jogo econômico e comercial está sendo disputado, com a tolerância ou mesmo com a transferência a privados de parte do papel estatal de dizer o que é o direito.

Os riscos implícitos de serem verificadas assimetrias valorativas entre mercado e sociedade nessas práticas devem ser considerados, principalmente se se levar em conta que, em valores nominais, as maiores empresas multinacionais rivalizam e até superam a arrecadação de vários Estados nacionais,⁴⁵ fato que as fortalece no mercado agora concorrencial da produção jurídica normativa. Assim, quando o Estado tolera ou incentiva a quebra do seu monopólio sobre o mercado legislativo e decisório, abre espaços que serão ocupados pelo setor privado, nem sempre de forma equilibrada.

Historicamente, atribui-se ao Estado Democrático de Direito o papel de árbitro neutro de conflitos sociais, comerciais, econômicos e interpessoais, reconhecendo-se as instituições estatais como as que estão mais bem aparelhadas para igualar desiguais e proteger os mais fracos nas mais variadas disputas. “Assim, agrega-se ao conceito original de liberdade o fato de que o cidadão livre também detém a prerrogativa de exigir prestações positivas do poder público que, por sua vez, deve lançar mão de medidas corretivas das disparidades econômicas com o intuito de promover a igualdade material”,⁴⁶ tratando de forma desigual os desiguais, com a finalidade de igualá-los.

A indagação que pode ser feita consistirá no fato de saber se a formação de núcleos normativos diversos do Parlamento, sejam eles públicos, híbridos ou privados, locais, regionais ou globais, poderá cumprir com a função de equilíbrio de forças entre os diversos setores sociais, comerciais e econômicos, ou, ao contrário, contribuirá para uma intensificação de desigualdades.

⁴⁴ Ver título IV.a) *Soft law*, desta dissertação.

⁴⁵ Segundo a organização não governamental Global Justice, em 2015, o valor total arrecadado (em dólares) pelos Estados foi de cerca de 20 trilhões, contra pouco mais de 18 trilhões recebidos pelas empresas com atuação no mercado globalizado.

A tabela comparativa completa está disponível em meio eletrônico no endereço: http://www.globaljustice.org.uk/sites/default/files/files/resources/corporations_vs_governments_final.pdf. Consulta realizada em 01 out. 2019, às 07:01 h., horário de Brasília.

⁴⁶ José Luiz de Almeida Simão e Thiago Rodovalho, “O Estado na promoção da igualdade material: a constitucionalidade das cotas raciais como critério para ingresso no Ensino Superior – ADPF 186/DF”, *Revista de Informação Legislativa*, ano 51, n. 202, abr.-jun. 2014, Senado Federal do Brasil, p. 137.

Acolher uma *normatização* não estatal, que vem sendo inserida quase que de forma imperceptível nos espaços institucionais públicos, sem a interferência ou a mediação dos Parlamentos, deixa margem para questionamentos não só referentes à relativização do conceito tradicional de *soberania* nacional, como, também, aos conhecidos *déficits democráticos* e de *accountability*.

As dúvidas e receios levantados talvez fiquem apenas no campo da desconfiança frente ao novo. É bem possível que o passar do tempo demonstre que a evolução das sociedades possa contribuir para uma redução das demandas dirigidas ao Estado, dando conta a iniciativa privada de suprir os desejos e as necessidades humanas, inclusive as mais básicas, desonerando a sociedade do alto custo de manutenção de pesadas estruturas estatais.

O espaço global, por sua vez, pode ser capaz de produzir um direito que, até hoje, o ser humano não conseguiu em espaços nacionais: dotado de regulações horizontais, em que a cooperação possa suplantar a imposição e o temor da sanção, sobrepondo-se o convencimento à obrigatoriedade.

I.c) Organização topográfica da dissertação

A tese agora apresentada, além de considerar (i) a abertura econômica mundial e a transferência da operação das atividades econômicas para o setor privado via privatizações, tomou como fatos, se não impossíveis, difíceis de serem revertidos, (ii) a rapidez da evolução tecnológica, (iii) a globalização econômica e comercial e (iv) o surgimento de uma identidade cultural comum não unitária, que contém a admissão da diversidade. A partir desses pontos, passou a observar como o direito tem se adaptado a essa nova fase de evolução das sociedades, focando, então, no exame do surgimento de *normatizações setoriais, como as das Agências*, e na *privatização* de parte da produção legislativa, que passa, assim, a ser exercida não mais por um Estado soberano, nem, necessariamente, por organismos compostos por representantes de Estados, mas, sim, por entes mistos ou totalmente privados, que regulam atividades setoriais sem que as regras estabelecidas sejam necessariamente submetidas ao crivo dos poderes típicos dos Estados.

Além de considerar o surgimento de *normatizações híbridas e privadas*, a tese também avança para a avaliação da *quebra do monopólio decisório estatal*, circunstância pela qual a jurisdição permanece atividade típica do Estado, porém a tarefa de julgar não mais é exercida, com exclusividade, pelos juízes estatais.

Para possibilitar o desenvolvimento da tese, principalmente em relação às normatizações denominadas nesta dissertação como *privadas*,⁴⁷ o primeiro ponto pesquisado funda-se na viabilidade da afirmação de existência de conteúdo jurídico em normas não produzidas pelo Estado. Pelo estudo de posições acadêmicas reconhecidas, buscou-se verificar se normas de produção privada, em graus de intensidade diversos, podem conter conteúdos jurídicos, expressando *normas jurídicas*, ou se apenas compilam expressões de usos, tradições ou crenças.

Busca esta tese, pela análise de determinadas posições teóricas, relativizar alguns conceitos referentes à produção normativa e contribuir com investigações que já vêm sendo feitas em sede doutrinária por autores de diversas origens, sobre (i) a quebra da clássica forma de produção normativa e (ii) a *existência de normas jurídicas* de produção privada, notadamente após a viragem do Estado para atividades gerenciais, com a delegação do aspecto operacional ao setor privado.

No texto agora desenvolvido, podem ser identificadas linhas de pesquisas para aprofundamento em outros trabalhos notadamente ligados à Teoria Geral do Direito e, ainda, à História, à Filosofia e à Sociologia do Direito, observando-se que o material produzido nessas áreas sobre o tema se compatibiliza com defesas doutrinárias que já podem ser percebidas em sede de Direito Econômico, Comercial, Administrativo e Internacional, como no curso deste trabalho será dado enfoque. Como o estudo do tema proposto recolhe elementos não específicos de um só ramo do direito, os aprofundamentos futuros poderão passar por uma aproximação interdisciplinar.

Como forma de criar uma base para a abordagem de casos concretos e situações que ocorrem no dia a dia da produção normativa *híbrida* e daquela *não estatal*, vencido este Capítulo I denominado Introdução, o Capítulo II se ocupará da *parte teórica*. Sem a pretensão de apresentar conceitos definitivos, o Capítulo II inicia-se com breves anotações sobre a norma jurídica, tomada em seu sentido clássico, para, depois, relativizar esse conceito, colocando em confronto a visão do *positivismo e monismo jurídico* com as teses do *pluralismo jurídico*, do *direito livre* e, até mesmo, do *direito natural*.

Após, verifica-se que as ideias sustentadas pelas teses que admitem normatizações jurídicas para além do Estado – como o movimento do *direito livre* e o *pluralismo jurídico* – guardam similitudes, no que se refere ao ponto de partida, com trabalhos atuais, mediante os quais pesquisadores se dedicam à identificação do surgimento de novas normatizações não estatais, de que é exemplo a *nova Lex Mercatoria*, pois todos mostram

⁴⁷ A expressão *normas privadas*, utilizada com variações no curso deste texto, não se refere a dispositivos legais relacionados ao *Direito Privado* produzido pelo Estado (exemplo: Código Civil, etc.), mas, sim, a *normas produzidas pelo setor privado, inclusive sem a participação do Estado*.

certa inquietude frente ao paradigma de que a produção de normas jurídicas é uma atribuição monopolista dos Estados soberanos.

Ainda no Capítulo II são abordados os problemas das *lacunas legislativas*, dos *costumes* e da forma como a norma não estatal é absorvida pela lei do Estado, sustentando-se, aqui, o efeito *declaratório* dessa absorção.

Finalizada a *parte teórica*, no Capítulo III aborda-se a formação de uma normatização *híbrida*, denominada *normatizações das Agências*, e se demonstra terem estas surgido como consequência natural da opção de delegar ao setor privado o protagonismo da operação das atividades econômicas. Busca-se, assim, contextualizar situações concretas frente às mudanças de paradigmas que se vêm operando na formação e na aplicação do direito.

No Capítulo IV, será explicitada a tese do *pluralismo jurídico econômico* por meio de ocorrências efetivas, ao se tratar da ocupação, pelo setor privado, de espaços normativos e decisórios, configurando *pluralismos jurídicos* em sede econômica e comercial, analisando-se a transferência, para a iniciativa privada, de parte da tarefa, antes monopolizada pelo Estado, de *dizer o direito*.

Para dar mais concretude ao tema investigado, também no Capítulo IV deste trabalho serão abordados exemplos empíricos de normas privadas que já operam nas relações sociais, empresariais e econômicas, seja no plano interno, seja no externo e no transnacional.

O Capítulo V apresentará as conclusões da dissertação.

CAPÍTULO II

PARTE TEÓRICA

II.a) Anotações sobre o Direito

A conceituação do que seja uma norma jurídica induz ao questionamento do que de fato é o próprio direito, bem como se este está reduzido ao conjunto de normas jurídicas estatais vigentes em determinado Estado soberano.

O problema inicial relativo à definição do que seja o direito pode ser colocado por meio de duas antagônicas posições: a primeira, que entende ser o direito aquele revelado pelas regras jurídicas, através de suas diferentes formas, e a segunda, que ultrapassa o espaço da dogmática jurídica, avança para a sociologia e a filosofia do direito, entendendo existir na vida social um direito latente que transcende a regra positivada.⁴⁸

Norberto Bobbio, ao apresentar seu curso *Teoria da Norma Jurídica*,⁴⁹ expõe o conceito segundo o qual o direito seria o conjunto de normas jurídicas, adotando, como ângulo de abordagem do estudo do direito, *o normativo*.

Afirma o mestre italiano que, entre as abordagens possíveis, tomou como ponto de vista para desenvolvimento daquele curso o que parte do conjunto normativo, pois, como afirma, “[...] [entende] que o melhor modo para aproximar-se da experiência jurídica e apreender seus traços característicos é considerar o direito como um conjunto de normas, ou regras de conduta”.⁵⁰

Embora parta da análise normativa, apresenta três teorias para definir o direito. São elas: a *normativa*, a *institucional* e aquela que entende o direito como *relação*.

Pela teoria *normativa*, o elemento característico da *experiência jurídica* seria o *fenômeno da normatização*, podendo-se, a partir de atos cotidianos, chegar a uma série de normas estatais que sobre eles incidem, *normatizando* a prática do ato.

⁴⁸ “Tal como tem sido apresentado, as origens do problema estão na própria definição do direito e na questão dos seus fundamentos: ou o direito é somente aquele que as regras jurídicas revelam, nas suas diferentes formas, e então não há por que estabelecer distinção entre o direito e suas fontes; ou então existe um direito latente na vida social ou acima das regras que o positivam e neste caso o problema extravasa o campo da dogmática jurídica para adentrar o da sociologia e filosofia do direito.” Luiz Fernando Coelho, prefácio à obra de Jonas Luiz Moreira de Paula, *O Costume no Direito*, Bookseller, Campinas/SP, 1997, p. 14.

⁴⁹ Norberto Bobbio, *Teoria da Norma Jurídica*, trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti, 2. ed., EdiPro, 2003.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 1 do cap. 1, “Um mundo de normas”.

Bobbio usa como exemplo o simples ato de enviar uma carta. Por meio desta experiência cotidiana, passa a demonstrar que sobre ela incide uma série de *normatizações* e que essas vão desde o contrato de compra e venda do selo até o direito constitucional de proteção aos dados, que impede as autoridades públicas de violarem a correspondência privada. O autor ilustra a demonstração transcrevendo o art. 15 da Constituição Italiana.⁵¹

A teoria *normativa* exposta por Bobbio conversa com a *Teoria Pura do Direito* de Kelsen.⁵² Isto porque, para Kelsen, as atividades dos juristas e pesquisadores do direito deveriam ser desenvolvidas dentro do sistema *normativo estatal*, razão pela qual “[o] modelo de Kelsen considera a necessidade de um aparato conceitual que torna possível a descrição do direito positivo: o que confere homogeneidade a todas as regras de Direito Positivo é a sua normatividade. O ponto de partida é normativo: a norma fundamental, para tomarmos o modelo Kelseniano de explicação. Consiste na homogeneidade estrutural, no modo constante de relacionar os dados ou elementos (fatos e condutas) da experiência”.⁵³ Para a teoria normativa, essa abordagem Kelseniana implicaria um modelo ideal de ciência jurídica que poderia ser tomado como *normativo-descriptivo*.⁵⁴

A teoria *normativa* do direito, ao considerar como *norma* apenas os preceitos originados de manifestações estatais, contraria a pesquisa desenvolvida nesta dissertação, pois as normas que aqui se busca identificar são aquelas extraídas de manifestações híbridas ou não estatais. Entretanto, caso tomada a teoria *normativa* em uma concepção ampla, que não limite o conjunto *normativo*, objeto do estudo do direito, as leis do Estado, haveria também a incidência de *fenômenos normativos não estatais*. Sob essa ótica, ainda que o ponto de partida para a aproximação da experiência jurídica seja tomá-la como um conjunto de normas,⁵⁵ as normas *jurídicas* não estatais poderão estar contidas nesse conjunto.

⁵¹ Norberto Bobbio, *Teoria da Norma Jurídica*, trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti, 2. ed., EdiPro, 2003.

⁵² Hans Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, trad. João Baptista Machado, Martins Fontes, São Paulo, 1999.

⁵³ José Alfredo de Oliveira Baracho, “Aspectos da Teoria de Kelsen”, *Revista da Faculdade de Direito*, UFMG, p. 8. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/823/768>. Acesso em: 8 jan. 2020 às 9:44 h., horário de Brasília.

⁵⁴ Idem.

⁵⁵ Norberto Bobbio, *Teoria da Norma Jurídica*, trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti, 2. ed., EdiPro, 2003, p. 1 do cap. 1, “Um mundo de normas”.

A contraditar, de certo modo, a teoria *normativa* do direito, está a teoria *institucional*, defendida, na Itália, por Santi Romano e elaborada em obra denominada *L'Ordinamento Giuridico*,⁵⁶ citada por Bobbio.

Ao analisar a teoria de Romano, Bobbio extrai dela três elementos que entende como “constitutivos do direito”,⁵⁷ segundo a teoria *institucionalista*:

O primeiro seria a *sociedade* na qual o direito tem existência.⁵⁸

O segundo, a *ordem*, como finalidade para a qual se inclina o direito.⁵⁹

O terceiro, a *organização*, forma de realização da *ordem*.⁶⁰

Conclui “que para Romano existe direito quando há uma organização de uma sociedade ordenada [...]. Esta sociedade ordenada e organizada é aquilo que Romano chama de instituição”.⁶¹

Bobbio concorda apenas em parte com a teoria institucionalista de Romano, pois aceita o fato de que o direito somente existe na sociedade, sendo esta elemento constitutivo daquele, porém o contrário não seria verdadeiro, razão pela qual nem toda sociedade seria jurídica.⁶²

A teoria *institucionalista* do direito, quando elege a sociedade organizada como elemento de origem do fenômeno jurídico, acaba por deslocar o núcleo desse evento, que deixa de ser uma centralidade localizada no Estado para ter como localização topográfica a sociedade, possibilitando a ampliação do discurso e da pesquisa jurídica para além das fronteiras internas do direito do Estado. Pela teoria *institucionalista*, uma sociedade organizada por meio de ordenações poderia ser considerada uma sociedade jurídica, independentemente de ser ou não um Estado.

Como especificado na introdução desta tese, aqui se busca analisar o surgimento de normatizações não estatais utilizadas como molde de diversas condutas, notadamente nos campos econômico e comercial. A teoria *institucional* do direito, ao plotar sua centralidade na sociedade e não no Estado, sinaliza de forma favorável à possibilidade de sustentação da existência de *normas* adjetivadas como *jurídicas* mesmo que sua produção

⁵⁶ Norberto Bobbio, *Teoria da Norma Jurídica*, trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti, 2. ed., EdiPro, 2003, p. 6. [Santi Romano, *L'Ordinamento Giuridico* (O Ordenamento Jurídico), 1. ed., 1917; 2. ed. revista e anotada, 1945.]

⁵⁷ Norberto Bobbio, *Teoria da Norma Jurídica*, trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti, 2. ed., EdiPro, 2003, p. 6.

⁵⁸ Idem.

⁵⁹ Idem.

⁶⁰ Idem.

⁶¹ Idem.

⁶² Ibidem, p. 7.

não tenha origem no Estado, vez que a maternidade normativa está centrada na sociedade organizada de acordo com determinada ordem.

Além das teorias *normativa* e *institucional*, tem-se, ainda, aquela que encara o direito como *relação*.

Pela teoria da *relação*, o direito seria definido a partir das relações estabelecidas “[...] como coordenação objetiva do agir, o que implica a visão do direito (à diferença da moral) como um conjunto de relações entre sujeitos, onde se um tem o poder de executar uma certa ação, o outro tem o dever de não impedi-la”.⁶³

Citando Kant,⁶⁴ Bobbio⁶⁵ afirma que, para aquele, haveria quatro tipos de relações envolvendo o sujeito e os *outros*.

O primeiro tipo estabeleceria, para o sujeito, direitos e deveres em relação ao outro, que teria direitos e não, deveres. No segundo tipo, o sujeito teria direitos e deveres em relação ao outro, mas este teria apenas deveres. No terceiro, o sujeito teria direitos e deveres em relação ao outro, entretanto, este outro nada teria, nem direitos, nem deveres. O quarto e último tipo de relação se estabeleceria entre sujeitos que têm direitos e deveres entre si.

Apenas na quarta e última forma de relação o *outro* seria o *ser humano [livre]* e, portanto, a relação seria *jurídica*. Nos outros tipos de relações, o *outro* seria *Deus*, na primeira relação caracterizada; o *escravo*, na segunda; e *os animais* e *as coisas inanimadas*, na terceira. Bobbio confirma que dessas quatro formas de relações, para esta teoria, “somente a última é relação jurídica”.⁶⁶

A teoria da *relação* entende que somente existe *relação jurídica* entre *sujeitos*, não se estabelecendo este tipo de relação entre *sujeito* e coisas. Para Alessandro Levi, “[a valoração jurídica] não valoriza o ato em relação às coisas sobre as quais se exerce, ou, mais apropriadamente, em relação aos bens, materiais ou imateriais, com os quais o

⁶³ Ibidem, p. 26.

⁶⁴ “O conceito do direito, enquanto vinculado a uma obrigação a este correspondente (isto é, o conceito moral de direito) tem a ver, em primeiro lugar, somente com a relação externa e, na verdade, prática de uma pessoa com outra, na medida em que suas ações, como fatos, possam ter influência (direta ou indireta) entre si.” Immanuel Kant, *A metafísica dos costumes*, trad. Edson Bini, Edipro/SP, Bauru, 2003, p. 76.

⁶⁵ Norberto Bobbio, *Teoria da Norma Jurídica*, trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti, 2. ed., EdiPro, 2003, p. 26/27.

⁶⁶ Norberto Bobbio, *Teoria da Norma Jurídica*, trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti, 2. ed., EdiPro, 2003, p. 27.

sujeito tende a satisfazer suas necessidades; [...] mas tão somente em relação a outros sujeitos, [...]”.⁶⁷

Entretanto, no período da escravidão, o *escravo* compunha o patrimônio do senhor, e, embora aquele, em tese, não tivesse qualquer direito em relação a este, havia ali uma relação jurídica de propriedade, e o mesmo ocorria em relação aos *animais* e às *coisas inanimadas*.

Contrariando a terceira proposição de *relação*, é possível analisar a existente entre o *ser humano* e os *animais*, em que estes também aparecem como sujeitos de direitos,⁶⁸ acontecendo algo parecido com o *meio ambiente*, hoje objeto de proteção por normas específicas.⁶⁹

Assim, é possível questionar se apenas as relações estabelecidas entre *seres humanos* são, de fato, as únicas que podem ser consideradas jurídicas, bem como se apenas os *humanos* podem ser considerados *sujeitos* de direitos. Parece não haver dúvidas de que, para uma relação ser considerada *jurídica*, ao menos uma das partes envolvidas na relação deve ser o *ser humano*, sendo impossível haver relação jurídica *direta* apenas entre animais ou coisas.

Entretanto, não parece tão certo que se possa de forma peremptória negar a existência de relações jurídicas entre o *ser humano* e os *animais* e o *meio ambiente*, já que estes gozam de proteção jurídica e, como tal, podem ser considerados sujeitos de direito.

Em relação aos *animais*, já há movimentos que tentam dar a estes um tratamento não opressivo e não exploratório, em busca de certa igualdade, como relata Peter Singer,⁷⁰ demonstrando o Professor Fernando Araújo a existência de direitos subjetivos dos animais, independentemente da forma ou mesmo da impossibilidade de representação direta.⁷¹

⁶⁷ Alessandro Levi, *Teoria generale Del diritto*, 2. ed., Cedam, Pádua, 1953, p. 27, apud Norberto Bobbio, *Teoria da Norma Jurídica*, trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti, 2. ed., EdiPro, 2003, p.28.

⁶⁸ Ver o Estatuto dos Animais, Lei nº 8/2017, de Portugal.

⁶⁹ Ver a lei que define as bases da política ambiental em Portugal, Lei nº 19/2014.

⁷⁰ “[Este livro] Destina-se, ao contrário, às pessoas que se preocupam com o fim da opressão e da exploração, onde quer que estas se encontrem, e pretendem que o princípio moral básico da igual consideração de interesses não se restrinja arbitrariamente à nossa própria espécie.” Peter Singer, *Libertação Animal*, 1975, p. 7. Disponível em: <https://olhequenao.files.wordpress.com/2011/12/peter-singer-libertac3a7c3a3o-animal.pdf> Acesso em: 8 jan. 2020 às 09:52 h., horário de Brasília.

⁷¹ “Talvez devêssemos entrar aqui em considerações acerca da ‘natureza’ dos direitos subjetivos (supondo-se que essa natureza existe e que a designação recobre apropriadamente uma ‘família’ de fenômenos); para não nos enredarmos numa ‘querela dos universais’, contentemo-nos em definir *ad hoc* os direitos subjetivos como pretensões estáveis permanentemente tuteladas pelo Direito, e nesse sentido simples e pragmático não há obstáculos à inferência de que existem já direitos subjectivos dos animais – mesmo que eles não

Em sede de legislação estatal, a Constituição Federal brasileira de 1988 trata desse tema, outorgando aos *animais* o direito de não serem tratados de forma cruel. É o que se vê no inciso VII, do parágrafo 1º do art. 225.⁷²

No caso do meio ambiente, a Constituição Equatoriana de 2008 o considera *sujeito* de direitos, como se afere da leitura de seu preâmbulo,⁷³ bem como do que expressamente dispôs em seu art. 10.⁷⁴

Com lastro na Constituição do Equador, a Corte Provincial de Loja, em 30 de março de 2011,⁷⁵ analisou uma causa pela qual se pretendia proteger o Rio Vilacamba, face às investidas que contra ele vinham sendo feitas pelo governo da Provincial de Loja (GPL), que “[além] de iniciar a construção [de uma estrada] sem o devido licenciamento ambiental, [...] depositou pedras e material de escavação nas margens do rio. Os dejetos dos depósitos da obra no leito do rio provocaram sérios danos à Natureza e às propriedades ao redor. Isso porque os detritos da construção foram jogados dentro do Rio Vilacamba e provocaram erosão das margens”.⁷⁶

Ao julgar o caso, a Corte assim se manifestou nos fundamentos da decisão:

possam exercer esses direitos senão através da representação, o que aliás acontece também quanto aos ‘casos humanos marginais’, e sucede além disso com muitos outros direitos de seres humanos, quando na sua formulação actual só possam ser assegurados por ‘acção afirmativa’ dos Estados.” Fernando Araújo, *A hora dos direitos dos animais*, UL e Almedina, 2003, p. 296/297.

⁷² “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: [...]

VII – proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.”

⁷³ “CELEBRANDO a la naturaleza, [...] APELANDO a la sabiduría de todas las culturas que nos enriquecen como sociedad, COMO HEREDEROS de las luchas sociales de liberación frente a todas las formas de dominación y colonialismo, Y con un profundo compromiso con el presente y el futuro, Decidimos construir Una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, [...]” Parte do Preâmbulo CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR 2008 Decreto Legislativo 0 Registro Oficial 449 de 20 oct. 2008 Última modificación: 13 jul. 2011. Consulta realizada em 17 jun. 2019, às 06:46 h., ao sítio: https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf.

⁷⁴ “Art. 10 – Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales. La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución.” CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR 2008 Decreto Legislativo 0 Registro Oficial 449 de 20 oct. 2008 Última modificación: 13 jul. 2011. Consulta realizada em 17 jun. 2019, às 06:46 h., ao sítio: https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf.

⁷⁵ Felipe Klein Gussoli, *A natureza como sujeito de direito na Constituição do Equador: considerações a partir do caso Vilacamba*, p. 4. Disponível em: <http://www.direito.ufpr.br/portal/wp-content/uploads/2014/12/Artigo-Felipe-Gussoli-classificado-em-1%C2%BA-lugar-.pdf> Acesso em: 8 jan. 2020 às 16:17 h., horário de Brasília.

⁷⁶ Idem.

“Nuestra Constitución de la República, sin precedente em la historia de la humanidad, reconoce a la naturaleza como sujeto de derechos. El Art. 71 manifiesta que la ‘Naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y se realiza la vida, tiene derecho a que se le respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos.’ [...] La importancia de la Naturaleza es tan evidente e indiscutible que cualquier argumento respecto a ello resulta sucinto y redundante, no obstante, jamás es de olvidar que los daños causados a ella son ‘daños generacionales’, que considere en ‘aquellos que por su magnitud repercuten no sólo en la generación actual sino que sus efectos van a impactar en las generaciones futuras.’”⁷⁷

Portanto, já não se pode afirmar de forma peremptória que somente o *ser humano* seja sujeito de direitos, e que relações *jurídicas* apenas podem existir quando todos os *sujeitos* sejam *humanos*.

A crítica à teoria da *relação* pode ser feita, em termos, que “[a] relação jurídica é caracterizada não pela matéria que constitui seu objeto, mas pelo modo com que os sujeitos se comportam um em face do outro. E se exprime também desta maneira: o que caracteriza a relação jurídica não é o conteúdo, mas a forma”.⁷⁸

Se assim é, a forma como os *sujeitos* se relacionam pode expressar conteúdos normativos que se acham previstos em normas estatais ou abranger, também, preceitos *jurídicos* não estatais.

II.b) Monopólio estatal normativo

II.b.1) Aspectos da norma jurídica

A definição do que seja o direito tem levado teóricos a elaborarem variadas teses, algumas expostas de forma muito resumida no capítulo anterior, que não teve a pretensão de aprofundar o tema, mas apenas propiciar uma aproximação que permita o desenvolvimento do foco desta dissertação. De igual modo, definir de forma completa o que seja uma norma jurídica não cabe nos estreitos limites deste título. Em verdade, uma abordagem mais profunda da norma jurídica demandaria monografia específica. Assim, mesmo que não se tenha a intenção de aprofundar esse tema, faz-se necessário abordá-lo e afirmar qual conceito de norma jurídica é adotado para fins de desenvolvimento desta dissertação.

⁷⁷ Idem.

⁷⁸ Norberto Bobbio, *Teoria da Norma Jurídica*, trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti, 2. ed., EdiPro, 2003, p. 28.

Como o tema central da investigação é a existência de normas *jurídicas* fora do conjunto normativo estatal, principalmente na área da economia, bem como a alteração da produção normativa de regência econômica, parece ser necessário declinar, ainda que superficialmente, com qual conceito de norma *jurídica* se trabalha nesta tese.

O conceito de norma jurídica adotado por este trabalho é aquele que atribui ao adjetivo *jurídico* a capacidade de inserir a norma no campo de estudo do direito, tornando possível sua análise material. Portanto, para esta tese, o fato de a norma ser revelada pelo direito estatal, por instituições sociais ou ser percebida através de relações estabelecidas pelos sujeitos de direito não será utilizado como critério único para incluí-la ou excluí-la do mundo jurídico.

Assim, buscar-se-á demonstrar que, ao campo de estudo do direito, poderão ser incorporadas normas derivadas ou não de fontes estatais, razão pela qual saber se determinada norma é jurídica estará menos ligado ao problema de que ela possa compor o arsenal normativo estatal e mais ao fato de o seu estudo comportar inserção no campo de incidência das balizas delimitadoras do direito, tomado este como ramo do conhecimento humano. A obrigatoriedade de conservar estática a área demarcada por essas balizas ou a possibilidade e mesmo a necessidade de sua ampliação para manter a relevância do direito no atual momento é que ditarão quais normas estão contidas nesse conjunto e, portanto, poderão ser consideradas jurídicas.

Como forma de construir um contraditório sobre o tema, é necessário expor as teses que não admitem a ocorrência do fenômeno *jurídico normativo* fora do campo estatal, em especial o *positivismo* e o *monismo*, para, em momento posterior, relativizar a concepção proposta pelas referidas teses, deixando-se de tomá-las como verdades absolutas.

II.b.2) Abordagem formal

Ao se adotar uma visão puramente formal do direito e das normas jurídicas, inclusive no que versa à formação, parece não ser possível sustentar a sua existência fora do espaço delimitado pelo direito positivo estatal. Nesse plano, o direito confunde-se com o próprio conjunto de normas produzidas pelo Estado. Os fatos externos ao direito positivo do Estado somente alcançariam *status* jurídico quando incorporados por este.

Nessa linha, normas derivadas de grupos econômicos ou sociais, ainda que dotadas de eficácia e de aparente obrigatoriedade, não seriam jurídicas, pois o que torna a regra uma norma jurídica é o seu ingresso no direito positivo estatal. Assim, conforme exposto por Kelsen, o que daria significado ao fato seria a norma jurídica positiva estatal,

qualificando-o, e, por isso mesmo, apenas a absorção dele pelo sistema é que implicaria a sua admissão como jurídico.⁷⁹

Sob essa ótica, a norma jurídica deriva sempre do Estado ou, no mínimo, recebe sua chancela como condição de validade, resultando em elemento estruturante do sistema estatal, ocupando desde sua base até seu ponto mais alto, como ocorre com as cartas constitucionais. Não deve o jurista, no desenvolvimento do seu trabalho, ter preocupações que resultem na busca de respostas ou investigações que ultrapassem a estrutura estatal, sob pena de avançar para campos reservados à sociologia, à antropologia ou de trabalhar com pressupostos jusnaturalistas, portanto, “fora do campo da ciência jurídica”.⁸⁰

Essa concepção do direito toma todos os modelos de conduta que forem externos ao regramento estatal como não jurídicos; ainda que possam ser considerados normas, não serão normas de natureza *jurídica*.

Thomas Hobbes, ao escrever, no séc. XVII, o *Leviatã* – portanto, bem antes da *Teoria Pura do Direito*, de Kelsen –, já afirmava que “em todos os Estados o legislador é unicamente o soberano, seja este um homem, como numa monarquia, ou uma assembleia, como numa democracia ou numa aristocracia. Porque o legislador é aquele que faz a lei. E só o Estado prescreve e ordena a observância daquelas regras a que chamamos leis, *portanto o Estado é o único legislador*. Mas o Estado só é uma pessoa, com capacidade para fazer seja o que for, através do representante (isto é, o soberano), portanto o soberano é o único legislador”.⁸¹

II.b.3) Norma jurídica e sanção

Antes de ingressar no tema deste tópico, é importante prestar alguns esclarecimentos relativos à organização das matérias abordadas, cujo objetivo foi facilitar a exposição, bem como o manuseio da tese.

Em um primeiro momento, vencida a Introdução, passou o texto aqui submetido a expor doutrinas e entendimentos jurídicos, cuja posição centra suas análises no direito do Estado. Nesse contexto, um dos entendimentos que pode ser utilizado para sustentar essa posição é aquele que somente admite a existência de norma jurídica quando presente o elemento da *sanção*. Isto porque, nesta linha, somente o Estado estaria aparelhado para *impor* o cumprimento *obrigatório* da norma, por meio da ameaça ou da aplicação de

⁷⁹ Hans Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, tradução João Baptista Machado, 6. ed., Martins Fontes, São Paulo, 1998, p.3.

⁸⁰ Antônio Carlos Cintra do Amaral, *O Positivismo Jurídico*, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2010, p. 94.

⁸¹ Thomas Hobbes, *Leviatã: Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*, LeBooks Editora, 19 jun. 2019, 156 p.

sanções que, levadas ao limite, podem implicar o uso da força física pelos órgãos oficiais autorizados.

Sob esse enfoque, normas que não possam ter seu cumprimento *obrigatório imposto* mediante *sanções* aplicadas pelo Estado não poderiam ser adjetivadas como *jurídicas*.

Ocorre que esta não é a única visão possível do tema, havendo fundamentos razoáveis para sustentar que determinadas normas, mesmo despidas de sanção, continuam sendo *jurídicas*. Esses argumentos, entretanto, não serão expostos neste título, pois aqui se quer dar destaque às teses que colocam o direito como uma produção do Estado, para, em momento posterior, relativizar esse entendimento.

Assim, a organização da presente dissertação foi feita com o agrupamento de teses contrárias, de um lado, e favoráveis, de outro, iniciando-se com as contrárias e passando-se às favoráveis. Inserida nas teses favoráveis está a sustentação da possibilidade de existência de normas *jurídicas sem sanção estatal* que estabelece o contraditório ao que passa a ser exposto neste título.

Embora tenham sido uma marca característica do final do século XX e início do XXI as relevantes alterações comportamentais operadas na sociedade, notadamente em razão do crescente e veloz avanço tecnológico, que força o direito a uma adaptação e modernização, ainda se continua a identificar a norma jurídica como sendo aquela de *produção estatal, abstrata, coercitiva e obrigatória*, cujo implemento pode ser voluntário ou coercitivo, este último imposto mediante a “lícita”⁸² violência estatal.

Sob essa ótica, o direito seria definido “[...] como o *conjunto de normas imperativas que regulam a vida em sociedade, dotadas de coercibilidade quanto à sua observância*”.⁸³

A mensagem implícita contida na norma jurídica estatal relativa à licitude da utilização da coerção está, portanto, intrinsecamente ligada à autorização dada ao Estado para impor, por intermédio de seus Poderes, uma *sanção* em caso de não observância da norma, garantindo, inclusive mediante violência física, o cumprimento do preceito que positivou.

⁸² Por vezes, a violência estatal pode ter aparência de licitude por ter sido praticada por agentes públicos dotados de poder de coerção e, entretanto, o conteúdo da conduta portar, como seu pressuposto, a própria ilegalidade, como ocorre quando o agente público atua em desvio de finalidade para alcançar objetivo diverso do bem-comum tutelado. Pode, também, ocorrer de a violência estatal ser lícita, já que amparada em norma jurídica autorizadora do Estado, porém não ser dotada de legitimidade social, confrontando o Estado e suas autoridades com a vontade normativa social.

⁸³ Gustavo Filipe Barbosa Garcia, *Introdução ao Estudo do Direito: teoria geral do direito: didática diferenciada*, 6. ed., Método, Rio de Janeiro, 2018, p. 15.

O direito, sob esse enfoque, é visto como um “[...] fenômeno organizador, composto por regras de conduta que formam um sistema jurídico. Pode-se, ainda, afirmar que o direito é identificado como uma ordem jurídica, composta por normas obrigatórias e coercitivas, cuja identificação é realizada mediante critérios formais de validade. O critério da identificação da norma jurídica como sendo obrigatória, coercitiva, passou a equivaler ao próprio critério de identificação do direito”.⁸⁴

A possibilidade de imposição coercitiva da norma estatal é tomada como requisito de sua validade jurídica, resultando na conclusão de que norma destituída de poder sancionador não pode ser caracterizada como jurídica. A sanção é tida como um dos elementos caracterizadores da norma jurídica. “Normas desprovidas de sanção não se apoiam no monopólio da força do Estado para garantir sua efetividade e, portanto, não podem ser consideradas jurídicas”.⁸⁵

John Austin⁸⁶ expõe “sua teoria imperativa do Direito afirmando que este é um conjunto de ordens respaldadas por ameaças ditadas pelo soberano no exercício de seu poder soberano e legislativo ilimitado”.⁸⁷

A sanção não precisa estar contida, explicitamente, em todos os preceitos legais estatais, já que é mensagem subjacente do poder do Estado divulgada por todo o sistema. Como as normas estatais compõem um único conjunto normativo, a sanção pelo descumprimento de determinada norma poderá vir explícita no preceito que a revela ou, dela não tratando, ser buscada em outro preceito interno ao sistema jurídico estatal.⁸⁸

Parte da teoria que se debruça sobre o problema da norma jurídica afirma que a necessidade de uma sanção acoplada à regra de conduta como mecanismo coercitivo garantidor do seu cumprimento é de tal ordem importante que classifica as normas sem sanção, ainda que sejam resultantes da produção estatal, como irrelevantes.

⁸⁴ Liziane Paixão Silva Oliveira e Márcia Rodrigues Bertoldi, “A Importância do *Soft Law* na Evolução do Direito Internacional”, in *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, ano 1, n. 10, 2012, p. 6.269. Disponível na revista do Centro de Investigação de Direito Privado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa no endereço: http://www.cidp.pt/revistas/ridb/2012/10/2012_10_6265_6289.pdf Acesso em: 8 jan. 2020 às 16:29 h., horário de Brasília.

⁸⁵ Alberto Alonso Muñoz, *Transformações na Teoria Geral do Direito, argumentação e interpretação do jusnaturalismo ao pós-positivismo*, Quartier Latin, São Paulo, 2008, p. 76.

⁸⁶ J. L. Austin, *How to do things with words*, Oxford at the Clarendon Press, 1962.

⁸⁷ Sheila Stolz, “Um Modelo de Positivismo Jurídico: O Pensamento de Herbert Hart”, in *Revista de Direito FGV*, v. 3, n. 1, jan.-jun. 2007, p. 104.

⁸⁸ No caso específico do direito penal, via de regra a sanção deverá acompanhar cada preceito individualmente, já que será variável de acordo com o tipo previsto no preceito e que deverá ser preenchido pelo sujeito ativo do crime, como pressuposto autorizador da aplicação da sanção pelo Estado.

Essa teoria não chega ao ponto de tomar como não jurídica a norma despida de sanção, mas não lhe dá maior relevo. Assim, partindo-se dela, as normas podem ser classificadas em quatro categorias:

- (a) as dotadas de sanção, seja esta contida na própria norma ou passível de ser alcançada mediante a aplicação de outra norma sancionadora componente do conjunto normativo estatal;
- (b) as não dotadas de sanção; portanto, normas *irrelevantes*;
- (c) as validadas pelo sistema e
- (d) as não validadas pelo sistema.

As normas produzidas pelo Estado, dotadas de sanção direta ou indireta, quando formalmente válidas serão jurídicas; quando inválidas em razão de inadequação formal, não ingressarão no sistema e não serão jurídicas. Quando formalmente válidas, entretanto sem viabilidade sancionadora, embora sejam normas jurídicas, serão irrelevantes para o sistema.

Ao analisar o positivismo jurídico de Hans Kelsen, no que se refere às normas jurídicas, o professor Muñoz afirma que “[se] forem válidas e dotadas de sanção, pertencerão ao direito. Se forem desprovidas de sanção, mas válidas, normas jurídicas irrelevantes. Se nem uma coisa, nem outra, não serão, pura e simplesmente, direito”.⁸⁹

Essa tese não radicaliza a ponto de considerar como não integrante do campo jurídico a norma sem sanção, e acaba por admitir a sua existência. Sendo a norma formalmente válida, integrará o sistema; porém, se não dotada de sanção, será *irrelevante*, já que não poderá ser imposta de forma coercitiva.

Sob essa abordagem, o que dá *validade* à norma não é a sua adequação a princípios gerais que possam instruir seu conteúdo, nem mesmo razões atinentes à legitimidade ou à eficácia social, mas, sim, a observância formal ao sistema normativo estatal, devendo estar de acordo e não confrontar com normas de hierarquia superior ou especial e ter sido produzida conforme normas estatais preexistentes definidoras do processo legislativo, inclusive no que se refere à competência legislativa, espacial e temporal. “Validade [aqui] significará não mais competência lógica a partir de princípios gerais de justiça, mas apenas não contradição jurídico-formal.”⁹⁰

⁸⁹ Alberto Alonso Muñoz, *Transformações na Teoria Geral do Direito: argumentação e interpretação do jusnaturalismo ao pós-positivismo*, Quartier Latin, São Paulo, 2008, p. 77.

⁹⁰ Alberto Alonso Muñoz, *Transformações na Teoria Geral do Direito: argumentação e interpretação do jusnaturalismo ao pós-positivismo*, Quartier Latin, São Paulo, 2008, p. 80.

O problema do esquema de validação normativa por meio de um critério meramente formal e hierárquico surge quando se chega à última norma de hierarquia superior, a que ocupa o topo da pirâmide, e a partir da qual todas as outras são validadas ou invalidadas, pois, não havendo norma estatal acima desta última, o que lhe daria validade? Nesse caso, sua validade não obedecerá, necessariamente, a critérios jurídicos formais, mas, sim, a arranjos políticos, econômicos e sociais dominantes em determinado espaço físico e temporal.

Ao analisar a tese da norma fundamental, Cintra afirma que ela “*não é uma norma jurídica*”, já que seu fundamento de validade não pode ser buscado em outra norma jurídica, e prossegue com a análise de que “[uma] coisa é o fundamento de validade de normas de segundo e terceiro escalões, e outra, o fundamento de validade da Constituição. O conhecimento jurídico abrange a primeira questão. A segunda (fundamento de validade da Constituição) não é uma questão *jurídica*, e sim *política*, ou mesmo *ideológica*”.⁹¹

Esse raciocínio expõe a fragilidade da classificação da norma como jurídica apenas com a utilização de critérios formais ou exclusivamente por ela ter sido validada pelo sistema normativo estatal mediante uma adequação hierárquica, pois, se levada ao limite esta linha de pensamento, necessariamente se terá que concluir que a Constituição, norma fundamental do sistema estatal, não seria jurídica, mas exclusivamente política, já que não validada por qualquer outra norma de hierarquia superior. Não sendo jurídica, sua abordagem não poderia ser feita através da metodologia própria ao direito, e se deslocaria o estudo das cartas constitucionais para outras áreas do conhecimento.

Não é, porém, esse o tratamento corrente, já que contém a norma fundamental estruturante do Estado Democrático de Direito – a Constituição – elementos jurídicos, políticos, econômicos e sociais, pelo que o fato de não haver uma norma de hierarquia superior que a valide não implica o seu afastamento do campo do direito.

Paulo Nader entende a norma jurídica como regra de produção estatal que fixa modelos de comportamento, possibilitando “[...] a convivência dos homens em sociedade”. Dessa forma, “norma jurídica é a conduta exigida ou o modelo imposto de organização social”.⁹² É conveniente pontuar que, na lição desse professor, o modelo é *imposto* e não *acordado*. Sob esse prisma, o direito é verticalizado, configurando uma imposição e não um consenso.

⁹¹ Antônio Carlos Cintra do Amaral, *O Positivismo Jurídico*, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2010, p. 33.

⁹² Paulo Nader, *Introdução ao Estudo do Direito*, 36. ed., Forense, Rio de Janeiro, 2014, cap. 9, par. 41, p. 101.

Independentemente de aceitar-se ou não a tese da norma fundamental, o que se observa, tanto na obra *Teoria Pura do Direito*, de Kelsen, como em abordagens feitas pelos manuais geralmente utilizados na iniciação ao estudo do direito, é a notória tendência de vincular a norma jurídica ao direito positivo estatal, o que faz com que o adjetivo *jurídico*, quando acrescido à *norma*, transforme esta em algo próprio do Estado.

Por esta lógica, que pensa o direito como um conjunto normativo formal, em que a operação de validação é realizada apenas internamente ao sistema estatal, normas poderão nascer e manter-se formalmente válidas *ainda que destituídas de eficácia social*.

II.b.4) Direito positivo estatal

Uma primeira aproximação do conceito de *positivismo jurídico* pode ser feita tomando-se essa teoria como parte do pensamento da Filosofia do Direito que pretendeu traçar linhas divisórias bem definidas em relação ao objeto de estudo do direito, buscando isolar a ciência jurídica das demais ciências sociais.

Para essa teoria, o *Direito* revela-se através do conjunto de normas postas por uma autoridade estatal, tendo como veículo a lei escrita, cabendo ao jurista a tarefa descritiva do direito já existente e validado internamente ao sistema por meio de critérios formais.

Como trabalha o positivismo jurídico com o *conjunto normativo estatal*, estaria ele inserido nas teorias *normativas*, sendo uma teoria *normativa descritiva*.⁹³

O positivismo jurídico buscou refletir no direito o pensamento filosófico positivista⁹⁴ que, utilizando-se do método científico de observação dos fatos, formulação de hipóteses e posterior confirmação ou não da hipótese formulada, influenciou a forma de produzir conhecimento em diversas áreas do saber.⁹⁵ Por meio do método positivista,

⁹³ José Alfredo de Oliveira Baracho, “Aspectos da Teoria de Kelsen”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, p. 8. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/823/768> Acesso em: 8 jan. 2020 às 16:36 h., hora de Brasília.

⁹⁴ Assim como a filosofia positivista “renuncia a procurar a origem e o destino do universo”^(*), o pensamento *juspositivista* também renuncia à busca da história ou “origem” e do “destino” ou efeito que a norma jurídica produz nos planos sociológicos, econômicos e históricos, concentrando seus esforços no estudo interno dos sistemas jurídicos estatais que, como tais, devem ser observados por todos, sendo dotados de mecanismos próprios que os tornam de cumprimento obrigatório. ^(*) Auguste Comte, *Curso de Filosofia Positiva*, trad. José Arthur Giannotti, Abril Cultural, 1978, p. 36. Os pensadores.

⁹⁵ Tido como expoente da filosofia positivista, Auguste Comte afirma ter descoberto uma lei geral, aplicável a todos os ramos do conhecimento, segundo a qual o pensamento humano passaria por três fases históricas. A primeira seria a teológica, ou, como denomina, *ficícia*; a segunda, a metafísica ou *abstrata* e, por fim, a positiva ou *científica*. “[No] estado positivo, o espírito humano, reconhecendo a impossibilidade de obter noções absolutas, renuncia a procurar a origem e o destino do universo, a conhecer as causas íntimas dos fenômenos, para preocupar-se unicamente em descobrir, graças ao uso bem combinado do raciocínio e da observação, suas leis efetivas, a saber, suas relações invariáveis de sucessão e de similitude. A explicação dos fatos, reduzida então a seus termos reais, se resume de agora em diante na ligação estabelecida entre os

que toma corpo como movimento no século XIX,⁹⁶ seria possível formular normas gerais para todas as ciências.

Moreira de Paula afirma que “[a] partir do século XIX, com a dominação da Filosofia Positivista de Augusto Comte, houve uma cisão na Filosofia em geral, com efeitos no mundo jurídico. Desfaleceu-se o jusnaturalismo que prescrevia o direito ultra-estatal, para consagrar o direito legislado e estabelecido tão somente pelo Estado. Este direito estatal é denominado *Direito Positivo*”.⁹⁷

Patrícia Baptista, ao analisar o tema, observa que, ao se deixarem influenciar pelo pensamento filosófico positivista, os teóricos do direito buscam extrair normas gerais através de conceitos genéricos que estariam contidos no próprio ordenamento jurídico; assim, “[...] os juristas passaram a fazer uso do método positivista para extrair conceitos genéricos, não propriamente dos fatos, mas, sim, do ordenamento jurídico formal”.⁹⁸

Convém destacar que o positivismo jurídico incorpora o conceito exposto no título II.b.3 acima, no sentido de que a norma jurídica deve conter sanção, aparecendo a existência de uma ameaça real ou subentendida de utilização da força do Estado para imposição da norma como um dos elementos dessa corrente do pensamento jurídico.

A visão positivista do direito permite tomá-lo como método utilizado para organização da força. Assim, seria o direito um conjunto de normas que regulam o uso da força mediante o estabelecimento de órgãos que determinam as condições em que a mesma pode ser empregada.⁹⁹

O direito positivo estatal, ao mesmo tempo que fornece a técnica de produção normativa, revela o próprio conteúdo do preceito, sendo, dessa forma, utilizado como mecanismo de organização da sociedade, que é montada e moldada por meio do conjunto normativo jurídico estatal.

diversos fenômenos particulares e alguns fatos gerais, cujo número o progresso da ciência tende cada vez mais a diminuir.”

Auguste Comte, *Curso de Filosofia Positiva*, trad. José Arthur Giannotti, Abril Cultural, 1978, p. 35. Os pensadores.

⁹⁶ Patrícia Ferreira Baptista, “Direitos Humanos e Positivismo Jurídico: A Visão do Normativismo e da Teoria Analítica”, in Luís Roberto Barroso (org.), *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, v. V, Direito Constitucional, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2000, p. 1.

⁹⁷ Jonas Luiz Moreira de Paula, *O Costume no Direito*, Bookseller, Campinas/SP, 1997, p. 126.

⁹⁸ Patrícia Ferreira Baptista, “Direitos Humanos e Positivismo Jurídico: A Visão do Normativismo e da Teoria Analítica”, in Luís Roberto Barroso (org.), *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, v. V, Direito Constitucional, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2000, p. 2.

⁹⁹ Luis Prieto Sanchís, *Apuntes de teoria del Derecho*, Editora Trotta, Madrid, 2005, p. 26.

Sob essa visão, a ciência jurídica¹⁰⁰ está contida no quadro normativo estatal e deve ser apreendida através dele: não caberia, então, ao jurista avançar para campos que transbordem esses limites, mas, sim, trabalhar o direito dentro do sistema normativo estatal.

Busca essa teoria jurídico-filosófica purificar o direito, retirando do seu campo de análise tudo o que não esteja contido na ordem jurídica estatal. Nessa linha, “[...] o positivismo jurídico se identifica com a teoria estatal do Direito. Ou seja: todo Direito emana das leis do Estado”.¹⁰¹

Adiante, será abordada, em título próprio¹⁰² e de forma resumida, a teoria jusnaturalista, que admite a preexistência de certos direitos, independentemente de estarem eles contidos no conjunto normativo do Estado. Por ora, convém apenas pontuar que o jurista positivista, regra geral, quando em confronto com o jusnaturalista, tenderá a entender o direito estatal como sendo o único dotado de validade, sendo ele uma criação humana.¹⁰³ Com essa postura, o pensamento positivista retira do direito debates que poderiam ser travados, atinentes à moral e questões afetas à economia, à antropologia, à sociologia e à história, ao encarar o direito como um sistema fechado. Em sua face autônoma, o direito teria nascido, historicamente, como procedimento formal desvinculado de outras esferas sociais.¹⁰⁴

A criação de uma exposição teórica que tenciona traçar limites claros para o direito pode ser vista no positivismo analítico de Herbert L.A. Hart, quando cria cinco situações que, verificadas, importariam em positivismo jurídico. São elas: (1) é uma criação humana a norma jurídica; (2) não há uma relação obrigatória entre a moral e o direito, nem entre o *ser* e o *dever ser*; (3) o estudo do direito não deve ser feito em conjunto com os sociológicos e os históricos, delimitando-se os campos de pesquisa de cada ramo do conhecimento; (4) o sistema jurídico deve ser abordado através de uma lógica fechada e interna; e, por fim: (5) os julgamentos de fato devem ser diferenciados dos morais, sendo

¹⁰⁰ O debate sobre ser o direito uma ciência foi exposto por Caliman e Ribeiro no artigo “The Right as Science: Limits and Possibilities”. Neide Aparecida Ribeiro e Geraldo Caliman, in *RVMD*, Brasília, v. 10, n. 2, p. 314-329, jul.-dez., 2016.

¹⁰¹ Antônio Carlos Cintra do Amaral, *O Positivismo Jurídico*, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2010, p. 26.

¹⁰² Ver título II.e) Direito Natural, neste trabalho.

¹⁰³ Patrícia Ferreira Baptista, “Direitos Humanos e Positivismo Jurídico: A Visão do Normativismo e da Teoria Analítica”, in Luís Roberto Barroso (org.), *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, v. V, Direito Constitucional, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2000, p. 4.

¹⁰⁴ Jessé Souza, *A Elite do Atraso*, Estação Brasil, Rio de Janeiro, 2019, p. 213.

que estes últimos não comportariam argumentação racional e provas.¹⁰⁵ A abordagem do direito por meio dessas linhas de pensamento caracterizaria o jurista como positivista.¹⁰⁶

Hoerster, citado por Cintra do Amaral, parte do enfoque dado ao positivismo jurídico pelos oponentes da tese e aponta, assim como Hart,¹⁰⁷ cinco pontos que aparecem como característicos do *juspositivismo*, mas que não estão, necessariamente, ligados entre si: [1] “a *tese da lei*, segundo a qual o Direito tem que ser definido através do conceito de lei; [2] a *tese da neutralidade*, de acordo com a qual o conteúdo do Direito pode ser injusto ou imoral, sem que isso lhe retire o caráter de Direito; [3] a *tese da subsunção*, que sustenta ser a aplicação do Direito uma atividade lógica, livre de valorações; [4] a *tese do subjetivismo*, que reside na noção de que a questão de saber se o Direito é *bom, justo ou valioso* é subjetiva, vale dizer, não existe *critério objetivo* para definir-se o que é *bom, justo ou valioso*; e [5] a *tese do legalismo*, que fundamenta a concepção de que as leis devem ser obedecidas em todas as circunstâncias, qualquer que seja seu conteúdo.

Hoerster chama a atenção para o fato de que os juspositivistas modernos sustentam apenas as teses da *neutralidade* e do *subjetivismo*. Cita, nesse sentido, Kelsen e Hart, por ele considerados os juspositivistas mais importantes do século XX”.¹⁰⁸

A partir das *cinco* teses acima enunciadas por Hoerster e das *cinco* situações traçadas por Hart, verifica-se que o positivismo jurídico serve bem como instrumento teórico de justificação e manutenção do *monismo* jurídico (que no próximo título será abordado com mais vagar), na medida em que, para o positivismo, o direito está contido na *norma* estatal, que é um produto *humano*, não importando seu conteúdo, razão pela qual é *neutro*, inexistindo ligação obrigatória entre o *ser* e o *dever ser*, sendo sua aplicação feita através de uma lógica interna baseada no raciocínio dedutivo comum ao silogismo, onde tudo que possa contraditar o conteúdo da *norma* é rejeitado, posto que *subjetivo*, neutralizando, desta forma, qualquer crítica material ou valorativa da *norma estatal*, a qual se coloca, se não como a única, como a mais importante fonte do direito.

O que se verifica é que essa corrente de pensamento cria linhas divisórias, que pretende ver bem definidas, entre o que seria a estrutura normativa estatal, portanto própria do campo do direito, e áreas externas a essas linhas, que devem compor o objeto de estudo de outros ramos do conhecimento. Mais do que uma simples marcação que pudesse, vez por outra, ser removida ou expandida, a busca por uma purificação da ciência

¹⁰⁵ Patrícia Ferreira Baptista, “Direitos Humanos e Positivismo Jurídico: a Visão do Normativismo e da Teoria Analítica”, in Luís Roberto Barroso (org.), *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, v. V, Direito Constitucional, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2000, p. 05.

¹⁰⁶ Antônio Carlos Cintra do Amaral, *O Positivismo Jurídico*, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2010, p. 26.

¹⁰⁷ Antônio Carlos Cintra do Amaral, *O Positivismo Jurídico*, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2010, p. 26.

¹⁰⁸ Antônio Carlos Cintra do Amaral, *O Positivismo Jurídico*, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2010, p. 17/18.

do direito estabelece um muro que a um só tempo protege e divide, cabendo aos juristas habitantes desse feudo do conhecimento analisar o direito por dentro, deixando explorações externas a cargo dos sociólogos. “Assim, os juristas veem o Direito de dentro (análise estrutural), enquanto os sociólogos o veem de fora (análise funcional) [...]”¹⁰⁹

O positivismo seria uma teoria *normativo-descritiva*, pois visto como ciência. O cientista jurídico deveria trabalhar na descrição do direito estatal vigente em determinados momento histórico e espaço físico, locomovendo-se através da estrutura organizacional tal como posta pelo Estado, não devendo ele ingressar na argumentação ou no debate sobre “a sua *gênese*”.¹¹⁰

Cabe ao jurista observar os limites de sua atuação, que está voltada à descrição da aplicação de soluções possíveis, sempre contidas na moldura estrutural estatal.¹¹¹

No terreno do positivismo jurídico,¹¹² parece correta a afirmação de que a *escola histórica*, que teve em Savigny seu expoente e se difundiu na Alemanha no fim do séc. XVIII e primeira metade do séc. XIX, quando estabeleceu a crítica ao *jusnaturalismo* acabou por abrir caminho à adoção de uma abordagem positivista do direito.

O direito natural, ancorado em justificações teológicas ou metafísicas, perde espaço e deixa de ser um sistema normativo *dado* e *autônomo* que poderia ser aplicado a qualquer tempo e a todos os seres humanos e se desloca para o campo das referências históricas, que, por vezes, podem ser resgatadas, não para utilização independente, mas, sim, incorporadas ao próprio discurso do direito positivo.

Hans Kelsen incorpora à teoria jurídica os elementos da filosofia positivista e leva o *juspositivismo* ao seu ponto mais elevado, quando, na primeira metade do século XX, consolida seu pensamento na obra denominada *Teoria Pura do Direito*.

Afirma Kelsen, no prefácio à segunda edição de sua obra, que “uma teoria do Direito [...] se limita à análise do Direito positivo como sendo a realidade jurídica”.¹¹³ Portanto, não nos parece ter sido obra do acaso que o primeiro capítulo da *Teoria Pura* tenha sido denominado “A Pureza”. Bem ao contrário, é nesse tópico que Kelsen define

¹⁰⁹ Antônio Carlos Cintra do Amaral, *O Positivismo Jurídico*, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2010, p. 44.

¹¹⁰ Antônio Carlos Cintra do Amaral, *O Positivismo Jurídico*, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2010, p. 42.

¹¹¹ “A função do jurista é lidar com o Direito que *é*, e não com o que *deveria ser*. Diante de uma norma legal, por exemplo, ele descreve as soluções de aplicação possíveis, contidas em sua *moldura*.” Antônio Carlos Cintra do Amaral, *O Positivismo Jurídico*, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2010, p. 49.

¹¹² Norberto Bobbio, *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*, trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues, São Paulo, Ícone, 1995, p. 45.

¹¹³ Hans Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, trad. João Baptista Machado, 6. ed., Martins Fontes, São Paulo, 1998, p. X.

o objeto de estudo da ciência jurídica, que deve se limitar ao direito positivo estatal e deixar para outras áreas do conhecimento, inclusive aquelas inseridas nas ciências sociais, temas como os tratados pela sociologia,¹¹⁴ pela psicologia, pela ética e pela teoria política. Ao jurista não caberia a investigação de como o direito é feito, sua origem e história, nem mesmo os valores que contém: ele deve ser tratado tal como se apresenta no preceito legal.

Kelsen critica a forma impura como a ciência jurídica se desenvolveu durante os séculos XIX e XX, em razão de ter admitido durante esse período o diálogo com outras áreas do saber. Assim, embora admita a existência de relações do direito com outras ciências sociais, rejeita qualquer “sincretismo metodológico”¹¹⁵ que possa interferir na fixação das balizas marcadoras dos limites do objeto de estudo do direito.

Essa ideia de pureza científica desenvolvida por boa parte do positivismo jurídico atua como vetor ao mesmo tempo limitador e direcionador do pensamento jurídico ao desenho normativo traçado pelo Estado e vigente em determinado espaço geográfico e momento histórico, não importando qual seja o tempo ou o lugar, em razão do desejo de que seja uma teoria geral que afaste de sua análise as causas e/ou efeitos da formação e da aplicação das normas inseridas no desenho normativo oficial, bem como os critérios valorativos¹¹⁶ consagrados pelo sistema.

Os quadros normativos estatais consagram valores, legitimam condutas, traçam roteiros, pavimentam estradas para o atingimento de determinadas metas. A relativização desses valores, condutas, roteiros e metas não deveria ser feita com o auxílio de elementos vindos de outras áreas do saber, somente cabendo o debate se amparado em critérios

¹¹⁴ “d. Quanto à relação entre a ciência do direito e a sociologia do direito, têm sido enunciados essencialmente dois tipos de teses. (i) Para os defensores da tese da união, a sociologia do direito está unida à ciência do direito porque ela é a única e verdadeira teoria científica do direito. Eles postulam a necessidade de a ciência jurídica se abrir ao saber sociológico e, nesse sentido, a “sociologização” da ciência jurídica. Este entendimento é tipicamente defendido pelo movimento do direito livre (Ehrlich; Kantorowicz). (ii) Para a tese da separação, a dogmática jurídica é a única ciência do direito e a sociologia do direito carece de autonomia, não estando em condições de definir seu próprio objeto. A tese ‘separatista’ não obsta à utilidade da sociologia do direito ou mesmo ao reconhecimento da complementariedade entre as duas disciplinas. A tese da estrita separação entre a sociologia do direito e a dogmática jurídica foi postulada por Kelsen.” Sílvia Alves, *Lições Preliminares de Sociologia do Direito*, AAFDL Editora, Lisboa, 2018, p. 80.

¹¹⁵ Hans Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, trad. João Baptista Machado, 6. ed., Martins Fontes, São Paulo, 1998, p. 1.

¹¹⁶ Herbert Hart, embora partidário da teoria positivista do direito, entende que ele é permeável a valores morais: “[...] grande virtualidade da tese da separação que não estriba, apenas ou principalmente, na duvidosa possibilidade de construir uma Ciência do Direito meramente descritiva e livre de valorações, mas na possibilidade de manter um ponto de vista moral frente ao Direito positivo livre de determinações fáticas. O que me parece mais transcendente é, precisamente, que nos permite resolver [...] o perigo de que o Direito vigente possa suplantar a moral como critério final de conduta e escapar, assim, à crítica”. Herbert Hart, *Derecho y moral: contribuciones a su análisis*, trad. Genaro Carrió, Buenos Aires, Depalma, 1962, apud Sheila Stolz, “Um Modelo de Positivismo Jurídico: O Pensamento de Herbert Hart”, in *Revista de Direito FGV*, v. 3, n. 1, jan.-jun. 2007, p. 113.

formais de validade buscados nas normas internas ao próprio sistema oficial, que, de certa forma, cria limites visíveis para a atuação do jurista e, mesmo, para a ciência do direito.

A tese do positivismo jurídico estatal, se tomada como a única forma de abordar a problemática do direito, dificulta a sustentação da existência de normatividade jurídica de regras externas ao sistema estatal ou cuja formação tenha sido puramente privada. Isto porque a consequência da limitação da ciência jurídica ao quadro estatal é a negação da existência de normas que também possam ser jurídicas fora do campo de investigação da ciência jurídica *pura* (o sistema normativo estatal), ficando investigadores e operadores do direito adstritos a trabalharem dentro das categorias desenhadas pelo sistema estatal a partir de uma lei fundamental, retirando da cena jurídica temas que não sejam afetos ao contorno legal normativo feito pelo Estado.

Admitida como única, essa abordagem obstaculiza a investigação, dentro do campo do direito, de pesquisas relativas a (1) existência, (2) validade e (3) eficácia social de produções normativas jurídicas *privadas*, já que tal não atenderia à *pureza* proposta pelo positivismo.

Embora a fluidez dos relacionamentos intersociais e interpessoais não mais se conforme dentro de esquemas rígidos predefinidos, buscando novos formatos a cada dia, parece relevante pontuar que o positivismo jurídico continua sendo, ainda hoje, uma baliza segura para boa parte do ensino universitário, principalmente na licenciatura, onde o foco dos currículos persiste na análise do direito estatal posto, o aprendizado das leis, sob as quais as doutrinas que as elucidam e interpretam são criadas.

Ao abordar esse tema, Almeida Guilherme afirma:

“Nas salas de aula, todos aprendemos que a abordagem dogmática é uma virtude, ao mesmo tempo que também testemunhamos a contínua desqualificação das discussões interdisciplinares por professores de formação normativista e legalista. Essas discussões podem ser interessantes, dizem eles, mas são empreendimentos acadêmicos ‘metajurídicos’. Ou seja: não teriam maior serventia para o preparo técnico dos operadores do direito positivo. [...] no ensino jurídico também há um momento em que as virtudes do paradigma normativista se esgotam e a pretensão de exclusividade e pureza da abordagem dogmática é negada.”¹¹⁷

Professor Hespanha, quando aborda o papel crítico da história do direito, também pontua que a ideia de separação entre os fatos e as normas é resultante da teoria jurídica

¹¹⁷ Luiz Fernando do Vale de Almeida Guilherme, *Manual de Arbitragem e Mediação: conciliação e negociação*, Saraiva, São Paulo, 2018, p. 216/217.

do século XX, ainda com forte influência na formação dos juristas que, sob essa ótica, apenas devem se ocupar do estudo da norma, certos de que a “intromissão de conhecimento social empírico no mundo dos valores jurídicos é ainda largamente inaceitável”.¹¹⁸

A visão de que o direito e sua criação pertencem ao mundo do Estado ainda prevalece. Em artigo publicado, em 2015, pelo Professor Salem Hikmat Nasser, pode-se observar um subtítulo denominado “Direito e não-direito – pertencimento a um sistema jurídico” dedicado ao tema; nele, afirma o doutrinador que “[o] trabalho de quem quiser concordar com Kelsen, Hart ou Raz fica facilitado”.¹¹⁹

Esta tese de mestrado está plenamente de acordo com a importância do estudo aprofundado do direito positivo estatal, entendendo ser ele a base necessária de uma sólida formação exigida para o exercício de qualquer uma das profissões ligadas à ciência jurídica.

De igual sorte, reconhece que a tese do positivismo jurídico, quando trabalhada em um sistema democrático de direito, exerce função garantidora contra possíveis arbítrios e abusos, especialmente aqueles que possam tentar as autoridades públicas. Nesse ponto, o juspositivismo tem o mérito de estabelecer limites objetivos à atuação das autoridades públicas, ao vincular as suas atitudes às balizas da lei, garantindo a população contra possíveis voluntarismos que sejam incompatíveis com o sistema legal vigente.

É interessante observar que a ascensão do pensamento *juspositivista* jurídico foi contemporânea ao fortalecimento do Estado Liberal de Direito,¹²⁰ que incorporou valores utilitaristas, tendo como foco a escolha política liberal, elegendo o capitalismo como modelo econômico.¹²¹ Se naquele momento histórico o positivismo ajustava-se ao

¹¹⁸ “Esta *função crítica da história do direito* pode ser seguramente assumida por outras disciplinas, no âmbito da formação dos juristas. A sociologia ou a antropologia jurídicas ou certa teoria do direito (mesmo a semiótica ou a informática jurídica) podem, seguramente, desempenhá-la. No entanto, o conservadorismo da maior parte das Faculdades de Direito oferece uma resistência muito sensível – que também pode ser explicada sociologicamente – à inclusão destas disciplinas, uma vez que elas poriam em risco essa natureza implicitamente apologética que os estudos jurídicos ainda têm. Além de que – no dizer dos juristas mais convencionais – dissolveriam o *estudo das normas*, de que o jurista se deveria exclusivamente ocupar, no *estudo de factos sociais*, que constitui o tecido dos saberes sociais empíricos, como a sociologia e a antropologia. Uma vez que a *ideia de rigorosa separação (trennungsdenken)* entre os factos (*Sein*) e as normas (*Sollen*), provida da teoria jurídica do século passado, continua a formar o núcleo da ideologia espontânea dos juristas, esta intromissão de conhecimento social empírico no mundo dos valores jurídicos é ainda largamente inaceitável.” António Manuel Hespanha, *Cultura Jurídica Europeia: síntese de um milénio*, Almedina, 2012, p. 13/14.

¹¹⁹ Salem Hikmat Nasser, “Direito Global em Pedacos: Fragmentação, Regimes e Pluralismo”, in *Revista de Direito Internacional*, v. 12, n. 2, 2015, p. 111.

¹²⁰ Marcelo Ribeiro de Souza, “A lei no Estado Contemporâneo”, in *Legislação – Cadernos de Ciência de Legislação*, INA, n. 11, 1994, p. 6.

¹²¹ *Ibidem*.

liberalismo, parece que, no tempo presente, o neoliberalismo globalizado reclama outras formas menos rígidas e estáticas de regulação, caminhando para a admissão de *pluralismo jurídico*, como será abordado no curso desta dissertação.

Caso seja admitido o positivismo jurídico estatal como única forma de refletir o direito, qualquer norma que derive de instituições privadas, ou mesmo da sociedade, não fará parte do direito, razão pela qual singrar esses mares não será tarefa do jurista ou do investigador do direito, que deverá limitar-se à dogmática posta, extraída dos textos legais estatais.

Entretanto, o caminho que percorre este trabalho passa também pela quebra do monopólio estatal na produção legislativa e decisória, sendo necessário relativizar o pensamento *positivista*, para o qual cabe ao Estado o monopólio produtivo da norma jurídica, não havendo direito fora do sistema normativo do Estado.

Teses como *direito natural* e *pluralismo jurídico* são de difícil ou impossível abordagem através da concepção do direito traçada pelo *juspositivismo*, justamente em razão de trabalharem com manifestações jurídicas que ocorreriam além ou fora dos limites do direito estatal e que, como tal, não seriam ‘Direito’.

Se o positivismo jurídico, levado ao limite, por um lado implica a negação da existência de *direitos comuns à humanidade e superiores* àqueles constantes do repertório estatal e, por outro, exclui do campo jurídico normas isoladas ou conjuntos normativos diversos do estatal, o contrário não pode ser tomado como necessariamente verdadeiro. Isto porque a *preexistência* de direitos superiores aos contidos no ordenamento jurídico estatal não exclui a validade deste que, sob este enfoque, deverá ser interpretado instruído pelos princípios supraleais. Da mesma forma, a *coexistência* de normas jurídicas de origem não estatal com as do Estado não resulta na rejeição do direito oficial, mas, sim, na busca de compatibilização e harmonização desse *pluralismo*.

O *positivismo jurídico* vem sendo combatido¹²² em duas principais frentes de batalha: a primeira refere-se ao flanco deixado aberto pelo *juspositivismo*, quando nega a preexistência de valores superiores à norma legal, explicitados através de *direitos naturais*, e a segunda, quando afasta do cenário jurídico o comportamento de pessoas e comunidades, não admitindo a existência de um *direito espontâneo*.¹²³

Esses dois temas, *direitos naturais* e *pluralismo jurídico*, serão abordados nesta dissertação por ocasião do desenvolvimento dos tópicos nos quais se pretenderá

¹²² Norberto Bobbio, *El problema del positivismo jurídico*, Fontamara, México, 2007, p. 41/42.

¹²³ Antônio Carlos Cintra do Amaral, *O Positivismo Jurídico*, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2010, p. 25.

relativizar o conceito de direito expressado pelo positivismo jurídico; porém, antes de colocar o positivismo em debate, convém expor a tese do *monismo jurídico*, que parece fazer par com o *positivismo*.

II.b.5) Monismo jurídico

O monismo jurídico geralmente é posto como antagonista do dualismo e/ou do pluralismo jurídico. A tese do monismo não admite a existência de dois ou mais sistemas jurídicos e toma o direito como um único sistema dentro do qual caberia ao jurista trabalhar com categorias normativas organizadas mediante regras hierárquicas, temáticas, especiais ou genéricas, mas sempre incluídas em um só sistema. Essa linha de pensamento sustentou tanto Estados absolutistas quanto democracias representativas, legitimando e justificando a atuação dos governos, além de negar validade a sistemas jurídicos não estatais que pudessem ameaçar o direito do Estado.

O direito tal como conhecido no mundo ocidental tem raízes na virada ocorrida em fins do século XVIII até o XIX. Antes disso, coexistiam no espaço europeu os pequenos Estados e as grandes monarquias, em que a ordem jurídica tinha um caráter pluralista, convivendo o direito da Coroa com o da Igreja, bem como com o desenhado pela própria sociedade como parâmetro de comportamento em determinadas situações. Nessa virada, passou-se à fase da organização política dominada por grandes unidades, os Estados absolutistas, que capturou a produção do direito, criando o monopólio legislativo estatal.¹²⁴

A *revolução francesa* (1789/1799), embora tenha empunhado a bandeira da transferência do exercício do poder pelo *rei* para o *povo*, não alterou o quadro monopolista estatal em relação à produção do direito, apenas demandou a troca de sua fonte, deixando esta de ser o *rei* para ser o *povo*, este último igualmente organizado em um Estado soberano.¹²⁵ Importante pontuar que, nesse mesmo período histórico, surge na França a tentativa de unificar o direito em torno de codificações estatais, de que é exemplo o Código Civil Francês de 1804, batizado como Código Napoleônico.

Neste sentido, e sem precisar retroagir ao direito romano ou ao Código de Hamurabi, no período contemporâneo a tendência à codificação do direito remonta e se inspira na aplicação da sistemática científica ao direito, que acabou por se consolidar na

¹²⁴ Antônio Manuel Hespanha, “Estadualismo, Pluralismo e Neorrepública: Perplexidades dos Nossos Dias”, in Antonio Carlos Wolkmer, Francisco Q. Veras Neto e Ivone M. Lixa (orgs.), *Pluralismo Jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade*, 2. ed., Saraiva, São Paulo, 2013, p. 139.

¹²⁵ Antônio Manuel Hespanha, “Estadualismo, Pluralismo e Neorrepública: Perplexidades dos Nossos Dias”, in Antonio Carlos Wolkmer, Francisco Q. Veras Neto e Ivone M. Lixa (orgs.), *Pluralismo Jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade*, 2. ed., Saraiva, São Paulo, 2013, p. 139.

Europa dos séculos XVIII e XIX. Com a passagem do regime absolutista para as futuras monarquias constitucionais e, posteriormente, para os Estados liberais, a estatização do direito seguiu seu rumo, justificando, garantindo e legitimando o Estado absolutista e as monarquias constitucionais, além de ser utilizada, em momento histórico posterior, como estrutura para a implantação do modelo econômico liberal.¹²⁶

Segundo Barros Costa, a proximidade de pensamento do liberalismo e do absolutismo quanto à relação existente entre Estado e direito remonta às obras de Montesquieu e Beccaria. Isto porque, enquanto Beccaria teria contribuído para a estatização do direito, Montesquieu, ao limitar o papel do juiz a decidir conforme a lei estatal, acabou por garantir a supremacia desta sobre qualquer outro sistema normativo. À “[...] medida que as decisões judiciais adviessem somente da legislação posta pelo Estado, o cidadão saberia com exatidão o parâmetro a ser aplicado para julgar se o seu comportamento estava ou não conforme a lei”.¹²⁷

A necessidade de garantir, inicialmente aos Estados absolutistas e, posteriormente, aos Estados nacionais o domínio e a continuidade do monopólio da produção legislativa levou a teoria política alemã a recompor a definição de soberania, antes ligada à independência de um poder, como o Império ou a Igreja, e agora vinculada também à produção do direito.¹²⁸ Neste sentido, para ser soberano não basta ao Estado ser reconhecido como um poder independente e autônomo em suas relações internacionais, mas, sim, deter o domínio sobre a produção da lei; surgiu, assim, o *império da lei*, que tanto inspirou e ainda influencia a doutrina jurídica, notadamente em relação ao estudo dos princípios ligados à legalidade da atuação estatal,¹²⁹ bem como do campo de liberdade da ação privada¹³⁰ delimitado pela lei.

¹²⁶ Cynara de Barros Costa, *Direito transnacional do comércio: uma teoria afirmativa da natureza jurídica das normas do comércio transnacional*, O Autor, Recife, 2016, p. 100.

¹²⁷ Cynara de Barros Costa, *Direito transnacional do comércio: uma teoria afirmativa da natureza jurídica das normas do comércio transnacional*. Recife, O Autor, 2016, p. 103.

¹²⁸ Professor Hespanha pontua este fato de forma expressa ao afirmar que: “Inicialmente, a soberania era identificada com a independência de qualquer poder, nomeadamente do Império ou da Igreja; mas, a partir da segunda metade do séc. XIX, a teoria política alemã (em especial, com Ph. Zorn, 1850-1928; G. Jellinek, 1851-1911; e P. Laband, 1838-1918) tinha recomposto essa definição, passando a considerar a soberania como a faculdade exclusiva de criar o direito”. António Manuel Hespanha, “Estadualismo, Pluralismo e Neorrepblicanismo: Perplexidades dos Nossos Dias”, in Antonio Carlos Wolkmer, Francisco Q. Veras Neto e Ivone M. Lixa (orgs.), *Pluralismo Jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade*, 2. ed., Saraiva, São Paulo, 2013, p. 139.

¹²⁹ “O princípio da legalidade administrativa determina, portanto, que os administrados somente poderão ser obrigados a fazer (ou proibidos de não fazer) ou deixar de fazer (ou proibidos de fazer) junto à Administração Pública, sem seu consentimento, caso a lei adequada assim o determine.” Vladimir da Rocha França, “Princípio da legalidade administrativa e competência regulatória no regime jurídico-administrativo brasileiro”, *Revista de Informação Legislativa*, Senado Federal do Brasil, ano 51, n. 202, abr.-jun. 2014, p.10.

¹³⁰ Traduzido na expressão ‘poder fazer tudo que a lei não veda’ ou, como previsto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “Art. 5º [...], II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; [...]”

Cabe aqui um pequeno parêntese apenas para pontuar que o *império da lei*, em pleno século XXI, em que a revolução tecnológica já alterou por completo o comportamento da humanidade e de suas relações interpessoais, ainda comanda os atos administrativos, onde se ressalta a dicotomia entre o agir do administrador público, que só pode fazer aquilo que a lei estatal ordena, do modo como esta determina, e o do particular, que pode agir com ampla liberdade, devendo apenas respeitar as limitações impostas pelas leis estatais. Dessa dicotomia de ações existente entre o administrador e o particular, cunharam-se as expressões segundo as quais ao administrador público *só é dado fazer o que a lei determina* e ao particular *é dado fazer tudo o que a lei não proíbe*.

Verifica-se, assim, ainda hoje, a importância da legalidade estatal para a organização das atuações administrativas e privadas, que operam internamente às sociedades.

A origem histórica da formação do monismo jurídico é anterior à ascensão e à consolidação do pensamento positivista no direito, que vai encontrar seu ápice no início do século XX, com a clássica *Teoria Pura do Direito*, de Hans Kelsen, já referida no título II.b.4), desta dissertação. A adesão ao monismo jurídico refletiu a necessidade que tinham as monarquias absolutistas pós-Idade Média de dominarem a produção e a aplicação da lei, como forma de manutenção do controle sobre os súditos dos reinados.

Assim, a não admissão de um direito oriundo de fontes estranhas ao Estado absolutista funcionou como forma de impedir a própria contestação legal dessa modalidade de Estado, na medida em que, perante a soberania absolutista, somente a lei emanada do soberano tem validade e pode ser aceita como obrigatória e aplicável a todos os súditos, tese essa replicada nos Estados nacionais, agora para garantir o exercício do Poder estatal.

A construção positivista do século XX, que propôs colocar o estudo do direito em um compartimento estanque, protegido de análises que tivessem como ponto de partida elementos sociológicos, antropológicos, econômicos e psicológicos, acabou por endossar a permanência de um direito monista quanto às suas fontes, limitando estas àquelas próprias do Estado.

Note-se que, embora internamente ao monismo se possa assumir a lei estatal como única fonte do direito, ou mesmo expandir esse conceito para reconhecer as decisões judiciais e administrativas também como fontes de direito, o fato é que todas essas manifestações derivam do Estado que, em sua essência, é unitário, dividindo-se apenas funcionalmente em Executivo, Legislativo e Judiciário. Portanto, mesmo que se admita essa amplitude, inserindo na produção normativa não apenas as leis em sentido estrito,

mas, sim, todas as normas e decisões oriundas dos três poderes, o Estado continua a ser o único produtor do direito.

Pontua-se que a ideia de direito como manifestação estatal, portanto mais facilmente localizado, ajuda na construção da tese que considera o direito uma ciência com objeto e método próprios, o que revela os reflexos do pensamento racional iluminista, que teve o condão de elevar o método científico ao topo da hierarquia dos saberes, apropriando-se o direito dessa racionalidade científica para enxergar-se como uma ciência capaz de ser estudada e operada a partir de conceitos internos, isolada dos estudos que, embora próximos, extrapolavam ao seu objeto, definido este como o direito proveniente do Estado.

A razão científica assume o controle também do direito, ao propiciar a elevação do seu grau de abstração e ao traçar categorias internas a partir de uma visão formalista.

O discurso científico e formal acaba por ocultar o fato de que, em sua essência, o direito contém elementos irracionais,¹³¹ emocionais, morais e éticos presentes na sua formulação, mas que são supostamente eliminados pela razão científica e formalista que domina a doutrina monista. Uma vez promulgada e vigente a lei, qualquer debate que extrapole a cientificidade formal não deve ser travado pelos operadores do direito – no limite, nem mesmo pelos juristas –, cabendo a outros ramos do saber debruçarem-se sobre estudos que estejam além do campo legal estatal.

Professora Ivone Fernandes Lixa, chega a identificar no contratualismo de Hobbes, Locke e Rousseau, a elaboração de uma nova ordem social submetida a uma racionalidade que possa ser compreendida por meio do método científico utilizado pelas ciências naturais, o que unificaria as obrigações políticas e jurídicas tornando-as verdadeiras e objetivas, afastando, uma vez mais, debates externos a essa ciência jurídica racional.¹³²

Sérgio Dalaneze chama atenção para o fato de que a “hegemonia da aparente racionalidade conferida pelo Estado e a do próprio Estado como centro de poder e

¹³¹ Ivone Fernandes Morcilo Lixa, “Pluralismo Jurídico: Insurgência e Ressignificação Hermenêutica”, in Antonio Carlos Wolkmer, Francisco Q. Veras Neto e Ivone M. Lixa (orgs.), *Pluralismo Jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade*, 2. ed., Saraiva, São Paulo, 2013, p. 127.

¹³² “O contratualismo proposto por Hobbes, Locke e Rousseau funda-se num jusnaturalismo próprio segundo o qual a edificação de uma nova ordem social e política deve estar subordinada a uma justiça comum racional e objetivamente elaborada de forma que sua compreensão se aproxime do novo método científico inaugurado pelas ciências naturais, e, assim, a obrigação política e jurídica, unificadas, anunciem-se como verdadeiras e objetivas. [...] É a partir dessa íntima relação entre a racionalização política e a jurídica que pode ser compreendida a doutrina do monismo jurídico.” Ivone Fernandes Morcilo Lixa, “Pluralismo Jurídico: Insurgência e Ressignificação Hermenêutica”, in Antonio Carlos Wolkmer, Francisco Q. Veras Neto e Ivone M. Lixa (orgs.), *Pluralismo Jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade*, 2. ed., Saraiva, São Paulo, 2013, p. 127.

garantidor de legitimidade resultaram no que se denomina monismo jurídico, ou seja, somente têm validade as normas jurídicas emanadas do Estado”.¹³³

A passagem de um Estado absolutista para um Estado republicano, como pontuado, não alterou o monismo jurídico; ao contrário, a manutenção do Estado como única fonte de produção do direito garantiu àquele o poder hegemônico na produção da norma legal, dando continuidade a doutrina monista e positivista à tese definidora do direito fundamentada na produção estatal.

O que se vê é que o Estado absolutista, o nacionalista e mesmo o republicano se utilizaram do monismo jurídico como forma de impor e legitimar sua produção legislativa, freando as manifestações jurídicas externas e relegando a segundo plano na hierarquia das fontes a produção normativa não oriunda dos poderes estatais, como os costumes e/ou códigos tácitos de conduta existentes em sociedades periféricas. Hart, ao analisar a diversidade das leis e seus modos de origem, repara nessa hierarquia e afirma que “[o] costume não é uma fonte muito importante de direito no mundo moderno”,¹³⁴ sendo sua validade como norma jurídica usualmente subordinada pelo direito estatal.

Em sede de direito comercial, o *costume* ganha um tratamento diferenciado, pois, como se verá nos títulos II.c.6) e II.c.7), regra geral, ele tem sido admitido no Brasil como fonte de direito.

Percebe-se a autossuficiência como um dos pilares do sistema jurídico monista estatal, sendo este não só o produtor exclusivo da lei, como também o legitimador de eventuais produções privadas, devendo estas se adequarem ou serem recepcionadas pelo sistema legal estatal para que encontrem validade.

Fato é que, por um longo período, inserido o momento histórico contemporâneo, o monismo jurídico se consolidou, revelando-se como solução e forma de organização de um sistema jurídico único, que se ajusta à tese do positivismo jurídico.

Por ser direito do Estado, o que legitima o comando legal não é a eficácia da norma, nem a justeza ou a correção do conteúdo normativo frente ao padrão ético ou moral vigente em determinada sociedade – tanto assim que o estudo de temas como moral e ética foi apartado do estudo dogmático normativo –, bastando, para que a lei tenha

¹³³ Sérgio Dalaneze, “Contribuição do Pluralismo no Debate das Ideias Jurídicas”, in Antonio Carlos Wolkmer, Francisco Q. Veras Neto e Ivone M. Lixa (orgs.), *Pluralismo Jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade*, 2. ed., Saraiva, São Paulo, 2013, p. 68.

¹³⁴ Herbert L. A. Hart, *O conceito de Direito*, trad. Ribeiro Mendes, 6. ed., Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, p. 53.

validade, ao menos no campo técnico-jurídico, que tenha sido gerada pelo Estado de acordo com o processo legislativo determinado em outro instrumento legal formal.

Assim, a lei passa a valer pelo simples fato de ser a lei do Estado, produzida de acordo com os critérios legislativos vigentes. O formalismo legal que instrui as instituições operadoras do direito acaba por reduzir o conceito de legitimidade à própria legalidade,¹³⁵ fato que funciona não só como guardião do *império da lei*, mas, também, como salvaguarda do conteúdo normativo às críticas quanto à sua legitimidade. De imediato, dois resultados podem ser percebidos dessa postura formal: o primeiro refere-se à segurança jurídica do sistema e o segundo, à sua proteção contra ataques que avancem para além do campo da legalidade e pretendam debater o conteúdo valorativo da norma.

O valor contido na norma, bem como o critério de escolha da proposição normativa, a ética e o conteúdo social, econômico, moral, imoral ou amoral que acolhe, são temas lançados à análise da sociologia, da economia, da psicologia, da antropologia, afastando-se o operador do direito desse debate. Esse afastamento traz, como consequência imediata, a transformação do operador do direito em guardião do sistema, pouco importando o conteúdo que se pretenda “legitimar” mediante o critério da pura legalidade formal.

Ocorre que a transformação dos operadores do direito em servos neutros da lei estatal – portanto, soldados da legalidade formal – acaba por propiciar, por vezes, um descolamento do mundo jurídico abstrato da realidade fática, implicando soluções que nem sempre atendem ou se conformam aos critérios de legitimidade social e eficácia da norma. Observa-se que essa propaganda neutralidade do operador do direito já nasce maculada de parcialidade, posto que, como guardião do sistema, ele já tomou partido de uma forma organizacional política, econômica e social eleita e tornada obrigatória por força de lei.

Não cabe, aqui, qualificar a parcialidade do operador do direito frente ao sistema ao qual serve, mas, sim, explicitar esse fato, trazê-lo à luz e, agora sim, colocá-lo em debate.

Em sede de estados democráticos de direito, sejam os representativos, nos quais a participação popular está garantida via sufrágio universal, sejam, ainda, os que suportem participação e decisão popular direta, a atuação do operador do direito como justificador do sistema poderá prevenir ou mesmo impedir a ascensão de governos autoritários,

¹³⁵ Lucas Borges de Carvalho, “Caminhos (e descaminhos) do Pluralismo Jurídico no Brasil”, in Antonio Carlos Wolkmer, Francisco Q. Veras Neto e Ivone M. Lixa (orgs.), *Pluralismo Jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade*, 2. ed., Saraiva, São Paulo, 2013, p. 14.

percebendo-se, aqui, a característica da segurança jurídica pregada pela doutrina positivista. Por outro lado, a neutralidade dos operadores do direito em relação a sistemas jurídicos formais nascidos do monopólio da produção legislativa exercida por governos tiranos poderá, ao contrário, ser utilizada como forma de manutenção e mesmo perpetuação daqueles no poder, além de justificar a captura do sistema legal por um poder cujo exercício, eventualmente, ao se afastar da busca do bem-comum, tornou-se ilegítimo.

Qualquer que seja o lado analisado, fato é que não há neutralidade; ao contrário, a neutralidade do operador dogmático do direito se transforma em parcialidade a favor do sistema que ele justifica e confirma através de seu discurso técnico-jurídico. Considerando-se esta linha de pensamento, a parcialidade, com o sistema jurídico formal, crescerá na mesma proporção em que crescer a suposta neutralidade do operador do direito. Quanto mais vendados estiverem os olhos de Têmis, mais parcial será a deusa grega em relação ao sistema jurídico que acolhe e justifica.

Assim, o monismo jurídico “[...] elimina de seu seio toda metajurídica e não só a valoração jurídica (a axiologia), senão também a facticidade (os fatos), ficando tão só com a norma e seu enfoque técnico-jurídico, o qual se reduz à demonstração lógica da validade das normas jurídicas. O conteúdo do direito se identifica com a norma. A realidade jurídica advém da norma, categoria do conhecimento desvinculada da dinâmica existencial e de seu objetivo de valoração e justificação. A realidade jurídica não é significativa, senão tão só a norma, que é constituinte daquela”.¹³⁶

Se na virada da Idade Média para a Idade Moderna (1453) o monismo jurídico garantiu a estabilidade e a legitimidade da produção legislativa estatal absolutista, tornando possível a cristalização do poder nas mãos do rei, não havendo espaço para o reconhecimento de ordens normativas diversas da emanada pelo Estado, com o surgimento dos Estados “civis” democráticos essa ideia de direito como conjunto normativo outorgado pelo poder dominante, pelos representantes do povo e integrantes do Estado já encontrou uma base sedimentada. Isto facilitou seu trabalho de consolidação e doutrinação, tanto que, atualmente, momento em que já se avança para uma sociedade pós-moderna fluida, ainda persiste a ideia do *monismo jurídico*, aparecendo o *pluralismo jurídico* quase sempre como justificador de produções normativas oriundas de minorias étnicas ou populacionais, como as normas das populações indígenas ou de povos descolonizados.

¹³⁶ Luis Alberto Warat, *Introdução geral ao direito: a epistemologia jurídica da modernidade*, v. 2, Sergio A. Fabris, Porto Alegre, 1995, p. 19, apud Lucas Borges de Carvalho, “Caminhos (e descaminhos) do Pluralismo Jurídico no Brasil” in Antonio Carlos Wolkmer, Francisco Q. Veras Neto e Ivone M. Lixa (orgs.), *Pluralismo Jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade*, 2. ed., Saraiva, São Paulo, 2013, p. 15.

Em sua maioria, as teses destinadas a fundamentar uma oposição ao monismo jurídico situam-se no plano ideológico como tendentes a justificar e a procurar dar legitimidade às produções normativas oriundas dessas minorias, observando investigações que se aproximam de discursos panfletários que, por vezes, se distanciam da imparcialidade que devem manter em relação ao objeto do estudo.

Ocorre que, no cenário mundial contemporâneo, no qual os avanços tecnológicos atropelaram velhas estruturas e normas estatais, o debate sobre o monismo e o pluralismo jurídico, ao ver desta dissertação, não mais pode ficar restrito à defesa ideológica de minorias e à busca pela legitimação de suas fontes normativas. Isto porque o próprio sistema ocidental de organização social e econômica já avançou a passos céleres para a formação de fluxos normativos não estatais que trafegam ao largo dos Estados nacionais, como será demonstrado no capítulo IV deste trabalho, não só tangenciando aqueles, como, em muitas vezes, pautando o comportamento legislativo estatal.

Parece, porém, que não basta, na atual conjuntura ocidental, buscar produções normativas artesanais, quando a superestrutura normativa já apresenta aberturas e espaços vazios que vêm sendo ocupados por produções legislativas híbridas ou privadas, resultantes das forças econômicas e sociais que conformam essa superestrutura e atuam no embate inerente aos avanços ou retrocessos dos Estados nacionais.

Nessa linha, o rastro que buscamos seguir não se funda na abertura normativa que se pretende dar a minorias, legitimando suas produções, mas, sim, na captura legislativa realizada pelo poder econômico hegemônico, que busca afastar riscos à sua consolidação, notadamente a partir do paradigma da economia globalizada desenvolvida em um contexto de novo liberalismo, que transforma o Estado em um ente cada vez menor não só em estrutura, como também em poder, ao reconhecer que aquele Estado operador direto de atividades econômicas não foi capaz de cumprir com as promessas sociais que professou, criando *falsos direitos*.¹³⁷

Essa percepção de que o Estado social criou direitos de difícil ou impossível efetivação certamente não é pacífica; ao contrário, demanda ampla controvérsia, porém o mundo ocidental, nas últimas décadas, tem dado sinais da consolidação de um pensamento político e econômico que retira do Estado o protagonismo de operacional, passando ele a ser mero instrumento utilizado para firmar esse pensamento vitorioso.

¹³⁷ Conforme ensina Pedro Soares Martínez: Jacques Rueff, na obra *L'Ordre Social*, 2 vols., Paris, 1945, “[...] nesta sua obra citada, teve em vista as desvalorizações monetárias provocadas, directa ou indirectamente, pelo próprio poder, que, através delas, reconhece aos membros das comunidades direitos meramente formais quanto aos detentores de moeda, retirando a esses direitos o seu conteúdo substancial. A ideia de ‘falsos direitos’ poderá estender-se, porém, a múltiplas situações”. Pedro Soares Martínez, *Filosofia do Direito*, Almedina, Coimbra, 1991, p. 367 e nota de rodapé n. 285.

Nesta linha, observa-se a ascensão do discurso do Estado de mínimo custo, em que a austeridade fiscal deixou de ser apenas uma das teses econômicas possíveis entre tantas outras e passou a ser colocada como uma verdade absoluta, quando teóricos como Keynes¹³⁸ propuseram atuações nem sempre submetidas à ausência estatal. Como compatibilizar arrocho fiscal com crescimento econômico em países com alto percentual de população ainda vivendo próximo ou mesmo abaixo da linha de pobreza?¹³⁹ Eis o desafio.

No que interessa a este trabalho, fato é que menos Estado significa maior atuação privada e criação de normas que quebram o paradigma iluminista do Estado como detentor do monopólio da produção legislativa.

A percepção de que *algo* está mudando no direito, pelo fato de o suporte teórico monista não atender à contemporânea conformação social e econômica mundial, vem, ainda que de forma tímida, ocorrendo e tem sido tratada dentro do campo jurídico, de sorte que o projeto iluminista, baseado em uma normatividade formal e técnica, dá sinais de sua incapacidade de lidar com novos padrões de legitimidade normativa, desafiando o estudo de outras formas de regulação social e econômica, nem sempre provenientes de fontes estatais.

Essa constatação foi feita também por Ivone Lixa, ao buscar uma nova significação para a hermenêutica jurídica, quando afirmou que:

“Nas últimas décadas, a cultura jurídica e suas formas instrumentais de regulação e controle social têm alcançado profundos, complexos e significativos desdobramentos. Se de um lado constata-se o surgimento de processos inéditos e potencialidades criadoras, aptas para promover horizontes múltiplos que estimulem outras representações conceituais, fluxos diferenciados, institucionalidades

¹³⁸ J. M. Keynes, *Teoria Geral do Emprego, do Juro e da Moeda*, trad. Manuel Resende, Ed. Relógio D'Água, 2010, p. 360.

¹³⁹ “O enfoque absoluto na conceituação da pobreza se observa quando da fixação de padrões para o nível mínimo ou suficiente de necessidades, conhecido como linha ou limite da pobreza, determinando a percentagem da população que se encontra abaixo desse nível. Esse padrão de vida mínimo, apresentado sob diferentes aspectos, sejam nutricionais, de moradia ou de vestuário, é normalmente avaliado segundo preços relevantes, calculando a renda necessária para custeá-los. Para o estabelecimento dos limites de pobreza utilizam-se diferentes enfoques, quer sejam o biológico, o das necessidades básicas ou o dos salários mínimos. O enfoque biológico define a linha de pobreza a partir dos requisitos nutricionais mínimos da dieta alimentar, definindo o valor aproximado para a renda a ser gasta para o atendimento desses requisitos. Por básicas entendem-se necessidades como alimentação, moradia, vestuário e serviços essenciais: água potável, saneamento, transporte público, serviços médicos e escolas. Já o enfoque dos salários mínimos lida com a idéia de que exista um salário mínimo oficial que deve ser uma boa aproximação do montante em dinheiro necessário para o nível de vida mínimo.” Antônio Pedro Albernaz Crespo e Elaine Gurovitz, “Administração Pública: a pobreza como um fenômeno multidimensional”, *RAE eletrônica*, v. 1, n. 1, jul.-dez. 2002, p. 4. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/raeel/v1n2/v1n2a03>. Acesso em: 8 jan. 2020 às 17:09 h., hora de Brasília.

descentralizadas e novas sociabilidades, por outro lado vivem-se os reflexos de um tempo de transição, descontinuidade, impasses e reordenações, ou seja, o impacto e a pouca eficácia em responder às crescentes necessidades da vida humana por parte de uma cultura monolítica, determinista, hierárquica e totalizante. Por consequência, a clássica teoria moderna do Direito – assentada na concepção de valores identificados ao universalismo, liberalismo, igualitarismo, individualismo, segurança e centralização política – edificou, concomitantemente, uma cultura disciplinar monista, ilustrada, racionalizada e pretensamente científica. [...] Ora, a insuficiência do paradigma monista de tradição liberal e estatista enseja o entreabrir do horizonte pluralista, interdisciplinar e transcultural.”¹⁴⁰

Após ter sido introduzido o tema básico tratado nesta tese, *pluralismo jurídico no campo econômico*, avançou o texto para a exposição de correntes do pensamento jurídico consagradas, notadamente as do *positivismo* e *monismo*, que buscam encerrar o direito no campo das normas estatais.

Nos títulos que seguem, este trabalho irá relativizar o pensamento positivista e monista, abordando teses que se colocam em contradição a eles, em especial, o *direito natural*, o *direito livre* e o *pluralismo jurídico*.

II.c) Coexistências normativas

II.c.1) Direito não estatal ou natural

Esta dissertação não avançará em relação ao direito natural, já que não é seu foco investigar esse tema. Porém, como a tese do direito natural é colocada como um conjunto de regras e princípios que não são extraídos do direito estatal – ao contrário, este deveria se inspirar naquele, segundo a ótica dos defensores da existência de direitos naturais supraleais –, é necessário passar pelo tema apenas para possibilitar a relativização da concepção que afirma ser o direito somente aquele resultante de normas escritas pelo Estado.

Nas lições de Paulo Nader, “[o] Direito Natural revela ao legislador os princípios fundamentais de proteção ao homem, que forçosamente deverão ser consagrados pela legislação, a fim de que se obtenha um ordenamento jurídico substancialmente justo”.¹⁴¹ Nessa linha de consideração, haveria um direito anterior e superior ao legislado, portanto, ao direito positivo, que emprestaria valores *justos* à ordem jurídica estatal.

¹⁴⁰ Ivone Fernandes Morcilo Lixa, “Pluralismo Jurídico: Insurgência e Ressignificação Hermenêutica”, in Antonio Carlos Wolkmer, Francisco Q. Veras Neto e Ivone M. Lixa (orgs.), *Pluralismo Jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade*, 2. ed., Saraiva, São Paulo, 2013, p. 125.

¹⁴¹ Paulo Nader, *Introdução ao Estudo do Direito*, 36. ed., Forense, Rio de Janeiro, p. 97/98.

O debate sobre o que é ou não *justo*, seja sob a ótica individual ou a coletiva, além de comportar uma demarcação histórica e espacial, demanda a admissão de que o direito se estabelece a partir de critérios morais e valorativos que instruem o conceito de *justiça*, estando ligado, de forma universal, ao direito à *vida* e à *liberdade*,¹⁴² mínimo comum que iguala todos os seres humanos como sujeitos de direitos.

Por meio do *direito natural* seriam revelados os princípios gerais e comuns a todos os seres humanos, que deveriam instruir a formação do ordenamento jurídico positivo. Nessa linha, ao contrário do sustentado pela teoria positivista, os princípios gerais do direito não seriam extraídos internamente ao sistema jurídico estatal, pois são preexistentes e perenes. Assim, enquanto os princípios encontrados a partir da análise do conjunto normativo do Estado podem ser alterados, sendo extintos uns, temperados outros e criados novos, os princípios gerais de direito natural não sofreriam alterações, pois não dependeriam do direito estatal, pairando acima e além deste.

Reale ressalta a existência de autores como Giorgio Del Vecchio, que afirma que todos os princípios gerais de direito são princípios de direito natural, enquanto outros admitem uma dualidade principiológica, em que a existência de princípios de direito natural não exclui aqueles que podem ser extraídos do direito positivo estatal.¹⁴³

Uma vez que não foi escrito nem criado pela sociedade, muito menos, pelo Estado, o *direito natural* surgiria, na visão de Nader, como manifestação espontânea “[...] que se origina da própria natureza social do homem e que é revelado pela conjugação da experiência e razão”. Como sua revelação não se dá através das normas estatais, embora possa coincidir com o conteúdo de algumas delas, comporia o *direito natural* “um conjunto de princípios, e não de regras, de caráter universal, eterno e imutável”.¹⁴⁴

Na Antiguidade e na Idade Média, o *direito natural* mantinha estreita ligação com o plano sagrado, apresentando-se em diversas ocasiões como revelação divina, razão pela qual se fala em *direito natural teocêntrico*, em que a figura do divino aparece como centro do qual emanam as regras *justas* que poderão, ou não, compor, se conformar ou se opor ao direito positivo, o que resolveria a contradição que pudesse ser verificada entre a regra humana positiva e a regra natural a favor desta.

O *direito natural* comportava, já na Grécia antiga, a ideia de portar a manifestação do *justo*, com lastro naquilo com que se poderia enfrentar o direito vigente dos homens,

¹⁴² Paulo Nader, *Introdução ao Estudo do Direito*, 36. ed., Forense, Rio de Janeiro, p. 97/98.

¹⁴³ Miguel Reale, *Lições Preliminares de Direito*, 25. ed., 21. tiragem, Forense, 2001, p. 291/292.

¹⁴⁴ Paulo Nader, *Introdução ao Estudo do Direito*, 36. ed., Forense, Rio de Janeiro, p. 97/98.

ainda que sofrendo as consequências deste, mas na crença de que o *direito natural*, por vezes *divino*, apresentava-se em escala hierárquica como superior ao humano.

Miguel Reale afirma que tanto no pensamento de Sócrates, como no de Aristóteles a ideia do *direito natural* está presente, traçando esses pensadores da Grécia antiga o conceito do que seja a lei natural, como uma “expressão da natureza das coisas, [...] igual para todos os homens, não sendo [uma] para os civilizados atenienses e outra para os bárbaros”.¹⁴⁵

O questionamento da lei dos homens frente às leis naturais, na hipótese que as considerava divinas, na Grécia antiga, pode ser bem percebido com a leitura dos diálogos travados na peça *Antígone*, de Sófocles,¹⁴⁶ entre os personagens Creonte, Ismênia e Antígone, sobre o direito de sepultar o corpo de Polinice, irmão das duas últimas. A tensa conversa criada por Sófocles, mantida de forma dramática entre Ismênia e Antígone, bem demonstra a crise estabelecida entre o cumprimento da vontade humana, representada pela ordem do príncipe Creonte (*direito positivo*), quando confrontada com o direito divino (*natural*) que possibilitava a resistência a tal ordem.¹⁴⁷

Alvaro Gonzaga, ao analisar a peça grega referida, aponta a contradição estabelecida entre a norma positiva estatal e o direito natural divino, ponderando: “Percebe-se que a Lei Positiva da *pólis* impede o Direito Natural de Polinice a um funeral. O que fazer ante tão injusto imperativo? Antígona realiza os ritos fúnebres e sepulta o irmão, resistindo à Lei Positiva e fazendo valer o Direito Natural, muito embora condene-se à morte”.¹⁴⁸

¹⁴⁵ Miguel Reale, *Lições Preliminares de Direito*, 25. ed., 21. tiragem, Forense, 2001, p. 292.

¹⁴⁶ Sófocles (c.496 a.C.-406 a.C.), trad. J. B. de Mello e Souza, *Antígone*, eBooksBrasil.com, 2005.

¹⁴⁷ Na peça, o príncipe Creonte, detentor do poder estatal, proíbe o sepultamento do corpo de Polinice, já que este teria atentado contra a cidade de Tebas. Ismênia comunica a proibição à sua irmã Antígone, que retruca afirmando que “ele não tem o direito de me coagir a abandonar os meus!”. Ismênia alerta a Antígone que sua insistência em sepultar Polinice certamente não agradará Creonte, que havia baixado *decreto* impedindo o sepultamento, ficando Antígone sujeita às punições humanas, inclusive, à pena de morte. Antígone, *fundada na lei natural divina*, não se amedronta e afirma que sepultará Polinice, com ou sem a ajuda de Ismênia, lembrando a esta que sua omissão em não a ajudar no sepultamento implicava desprezo às *leis divinas*, surgindo no diálogo uma clara oposição entre a *lei estatal* e o *direito natural divino* preexistente, que garantiria o sepultamento do corpo.

Mais adiante, quando o príncipe Creonte é informado de que sua ordem foi desobedecida, e o corpo de Polinice já se encontrava sepultado, se estabelece a indagação sobre se tal fato não teria ocorrido em razão da vontade de Deus, opondo à lei humana a divina.

Essa oposição também é colocada por Antígone, quando confrontada por Creonte por não ter obedecido sua lei, ao afirmar: “[...] e a Justiça, a deusa que habita com as divindades subterrâneas, jamais estabeleceu tal decreto entre os humanos; nem eu creio que teu édito tenha força bastante para conferir a um mortal o poder de infringir as leis divinas, que nunca foram escritas, mas são irrevogáveis; não existem a partir de ontem, ou de hoje; são eternas, sim! e ninguém sabe desde quando vigoram.”

¹⁴⁸ Álvaro de Azevedo Gonzaga, *Direito natural e jusnaturalismo*, Tomo Teoria Geral e Filosofia do Direito, 1. ed., abr.2017, cap. 1.1. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/63/edicao-1/direito-natural-e-jusnaturalismo>. Acesso em: 8 jan. 2020 às 17:24 h., hora de Brasília.

Aristóteles comenta a peça de Sófocles. Do seu comentário pode ser extraída a conclusão de que o *justo* está contido na Lei Natural, que seria comum a todos os seres humanos, independentemente das leis particulares, que podem ou não ser justas.¹⁴⁹

O *direito natural* que contém o *justo* coexistiria com o *direito positivo*, sendo aquele comum a todos e este, particular a determinados povos.

Na Idade Média, o *direito natural* também foi relacionado com o poder *divino* decorrente da atuação direta de Deus, tendo São Tomás de Aquino¹⁵⁰ “[dado] o conceito de direito natural, enquanto divino e humano, espontânea e diretamente surgirão as propriedades primeiras desse direito, encontradas também na lei natural. Santo Tomás as reduz a três, por serem as mais evidentes: unidade, imutabilidade e inamissibilidade.”

A ideia do direito natural como encarnação do *justo* e revelação de uma ordem superior à contida no direito positivo está presente na obra de São Tomás de Aquino. Em *Suma Teológica*, São Tomás debate se o direito deve ser dividido em *natural* e *positivo*, submetendo a validade deste ao confronto com a *justiça* que deve ser buscada naquele. Assim, o *direito natural*, como revelação divina imutável e perene, presente em toda parte, não se originaria da vontade humana, mas estaria em um plano superior a esta, de tal forma que o *direito positivo*, este fruto da obra humana, deveria conter o *justo* revelado

¹⁴⁹ “É bastante cabível agora efetuar uma completa classificação das ações justas e injustas. Principiemos por observar que ações justas e injustas foram definidas relativamente a dois tipos de direito, além de o ser relativamente a duas classes de pessoas. Quando falo de dois tipos de direito ou leis, refiro-me à lei particular e à lei comum. A primeira varia segundo cada povo e é aplicável aos membros de cada povo, sendo parcialmente escrita, parcialmente não escrita; a lei comum é a lei natural, visto que há, de fato, uma justiça e uma injustiça das quais todos têm, de alguma maneira, a intuição, e que são naturalmente comuns a todos, independentemente de todo Estado e de toda convenção recíproca. É isso que a Antígona de Sófocles expressa com clareza ao declarar que o sepultamento de Polinices fora um ato justo, a despeito da proibição; ela quer dizer que fora um ato justo por ser o direito natural...” Aristóteles. *Retórica*. I, 13. Trad., textos adicionais e notas de Edson Bini, 1. ed., Edipro, São Paulo, 2011, p. 105, apud Victor Emanuel Vilela Barbuy, “Aspects of Law in the Work of Saint Thomas Aquinas”, *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, v. 106/107, p. 631-651, jan.-dez. 2011/2012, p. 644.

¹⁵⁰ D.Odilão Moura, “A doutrina do direito natural em Tomás de Aquino”, *Jurisprudência Mineira*, Belo Horizonte, ano 55, n. 168, p. 21-41, abr./jun. 2004, p. 37. Disponível em: <https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/644/1/D2v1682004.pdf>. Acesso em: 8 jan. 2019 às 17:28 h., hora de Brasília.

pela *lei natural*. Ocorre que a lei humana pode se desviar do *justo* e, neste caso, não deve prevalecer.^{151 152}

O *direito natural*, quando visto a partir de uma ordem divina, estabelece dois sistemas normativos, submetendo a validade do sistema humano – *direito positivo* – à observância do *justo natural*, que deve prevalecer sobre a lei humana, invalidando esta quando for iníqua.

Verifica-se, aqui, a existência de *normas naturais não escritas*, fora do sistema jurídico estatal, razão pela qual se pode concluir que o debate sobre a existência de *direitos* e *normas jurídicas* para além do Estado não é recente, mas remonta à Grécia antiga e aos ensinamentos tomistas dos séculos finais da Idade Média.¹⁵³

Convém avançar, pois o *direito natural* não comporta apenas uma visão que o coloque como produto da ação divina, mas pode ser tido, também, como o *conjunto de direitos naturais e comuns aos seres humanos*, conhecidos através da *razão* humana, e, como tal, não depende de revelação divina, sendo, ao contrário, intrínseco e inerente à própria *natureza* racional do homem.

Álvaro Gonzaga, em texto sobre o tema, afirma que o *jusnaturalismo* aparece nos textos de filosofia em, ao menos, quatro compreensões diferentes. Seriam elas: “a) *uma lei ‘natural’ em sentido estrito*, fisicamente conatural a todos os seres animados à luz de instintos; b) *uma lei estabelecida por vontade da divindade* e por esta revelada aos homens; c) *a lei ditada pela razão*, específica, portanto, do homem que a encontra autonomamente dentro de si; d) *uma lei com escopo de garantir a dignidade da pessoa humana*”.¹⁵⁴

¹⁵¹Assim está colocado na *S.T.*: “[...] A vontade humana, em virtude de um consentimento comum, pode determinar o justo, em coisas que por si mesmas em nada repugnam à justiça natural. E a tal se aplica o direito positivo. Por isso, o Filósofo diz que o justo legal é o que, ao princípio, pode ser indiferentemente de um modo ou outro; mas, uma vez estabelecido, deve permanecer no que é. Mas, o que em si mesmo repugna ao direito natural não pode a vontade humana torná-lo justo. Por exemplo, se estatuisse que é lícito furtar ou adulterar. Por isso, diz a Escritura: Ai dos que estabelecem leis iníquas.

[...] Chama-se direito divino o que foi divinamente promulgado. E ele abrange, em parte, o justo natural, mas cuja justiça escapa aos homens; e, em parte, o justo por instituição divina. Por onde, também ao direito divino pode aplicar-se, como ao direito humano, a divisão referida. Assim, a lei divina ordena certas coisas, por serem boas e proíbe certas por serem más. Mas, outras são boas porque são ordenadas e más porque proibidas.” – ver nota seguinte, 152.

¹⁵² Santo Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, trad. Alexandre Correia, p. 2097, *e-book* disponível em: <https://sumateologica.files.wordpress.com/2017/04/suma-teolc3b3gica.pdf>. Acesso em: 8 jan. 2020 às 17:31 h., hora de Brasília.

¹⁵³A *Suma Teológica* teria sido escrita entre 1265 e 1273 d.C.

¹⁵⁴ Álvaro de Azevedo Gonzaga, *Direito natural e jusnaturalismo*, Tomo Teoria Geral e Filosofia do Direito, 1. ed., abr. 2017, p. 13.

Radbruch parece ter a mesma compreensão, ao afirmar que as várias concepções do *direito natural* fornecem “juízos de valor” *jurídico* que podem ter como fonte a *natureza*, a *revelação* ou a *razão*, sendo imutáveis e universais. “[...] Tais juízos, uma vez fixados, devem preferir as leis positivas que lhes forem contrárias; o direito natural deve sempre prevalecer sobre o direito positivo.”¹⁵⁵

Hodiernamente, ainda se pode relacionar o *direito natural* com a base filosófica dos *direitos humanos*.

Neste sentido, seja o *direito natural* visto como produto da revelação divina, da razão ou, ainda, como inerente à própria condição humana, fato é que tais direitos inatos acabaram por influenciar uma série de documentos políticos. Na atualidade, pode-se colher do “considerando” que abre a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) o reconhecimento da dignidade e de certos direitos como comuns a todos os seres humanos:

“Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo.”¹⁵⁶

A leitura do artigo 1º dessa Declaração revela que, segundo esse documento jurídico-político, os seres humanos já nascem dotados de dignidade e de certos direitos, que, como tais, são anteriores ao seu eventual reconhecimento pelo direito estatal. Diz o citado dispositivo:

“Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.”¹⁵⁷

Felipe dos Santos Durante observa que as declarações de direitos seriam “reverberações dos ideais e dos valores jusnaturalistas modernos e contratualistas, os quais acabaram por ganhar concretude e amplitude prática exatamente nessas declarações e por causa delas. Admite-se que o ser humano enquanto tal é detentor de direitos inatos, oriundos da sua própria natureza, e que ninguém poderia, nem mesmo ele ou o Estado, tolher, alienar ou negar esses direitos”.¹⁵⁸

¹⁵⁵ Gustav Radbruch, *Filosofia do Direito*, trad. L. Cabral de Moncada, Coimbra, 1934, p. 26.

¹⁵⁶ Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH). Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 8 jan. 2020 às 17:34 h., hora de Brasília.

¹⁵⁷ DUDH, artigo I. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>

¹⁵⁸ Felipe dos Santos Durante, *Direito Natural e Direitos Fundamentais: A Atualidade de Schopenhauer para o Debate acerca dos Direitos Humanos*, Campinas/SP, 2017, p. 221. Tese de Doutorado em Filosofia, aprovada, disponível em:

Nesta linha, a ideia da existência de direitos anteriores e em certa medida superiores aos contidos nas normas estatais, mas que podem ser absorvidos pelo direito positivo do Estado, dá pistas de que, nesses casos, a norma jurídica estatal apenas *declara* um direito *preexistente*, não o *constitui*. Essa ideia de preexistência de direitos pode ser extraída da corrente *jusnaturalista racionalista*, quando sustenta “[...] a existência de direitos naturais dos indivíduos, que antecederiam a formação do Estado e que, portanto, deveriam ser reconhecidos por este e não criados pelo Estado”.¹⁵⁹

A exposição acima, ao pontuar a tese do *direito natural*, demonstra a possibilidade de o jurista caminhar por territórios diversos dos limitados pelas balizas do *positivismo jurídico*, ratificando a existência de *normas* que devem ser estudadas no âmbito da ciência jurídica, cuja produção não deriva do Estado, ainda que possam as leis estatais inseri-las no rol de direitos positivados.

II.c.2) Pluralismo jurídico

A tese do *direito natural*, como exposto, contempla o pensamento que sustenta a existência de direitos comuns a todos os seres humanos, independentemente de estarem contidos ou não nas legislações positivas estatais. Esses direitos, sob a ótica hierárquica, seriam alocados em patamar superior ao direito positivo, devendo a produção deste se inspirar nos valores perenes daquele.

Assim, o *direito natural* tem como pressuposto de validade a admissão da existência de normas contidas no campo do direito, porém localizadas além do espaço ocupado pelo direito positivo estatal.

A análise da ocorrência de *pluralismos jurídicos* e sua teoria, embora por outro ângulo, também aborda a existência de ordens ou sistemas paralelos ao estatal, qualificando-os como *jurídicos*; entretanto, não prega a existência de direitos comuns preconcebidos, mas, sim, analisa a formação de normatizações jurídicas a partir da ação de grupos sociais e econômicos que acabam por reger o comportamento de parcelas importantes da população, bem como de atividades comerciais desenvolvidas internamente aos estados ou no plano transnacional.

O ponto comum que se quer destacar neste trabalho entre o *direito natural* e o *pluralismo jurídico* é que ambos trabalham como normatizações não originadas do

http://repositorio.unicamp.br/bitstream/REPOSIP/330589/1/Durante_FelipeDosSantos_D.pdf. Acesso em: 8 jan. 2020 às 17:35 h., hora de Brasília.

¹⁵⁹ Martins Filho, *A Legitimidade do Direito Positivo*, Forense, Rio de Janeiro, 1992, p. 57, apud Jonatas Luiz Moreira de Paula, *O Costume no Direito*, Bookseller, Campinas/SP, 1997, p. 121.

processo legislativo estatal, dando suporte teórico para que sejam investigados, dentro do campo do direito, fenômenos normativos frutos de atividades híbridas ou exclusivamente não estatais, qualificando-os como *jurídicos*.

Portanto, tal como o *direito natural*, o *pluralismo jurídico* se opõe às visões *positivista* e *monista* do direito, permitindo a utilização de instrumentos teóricos presentes na economia, na antropologia e na sociologia do direito para perceber a existência de ordens *jurídicas* múltiplas que atuam no mesmo espaço geográfico, seja este limitado ou não por fronteiras geopolíticas, observando-se a formação de normas privadas com aplicação transnacional, tema que será desenvolvido no capítulo IV desta dissertação.

Ultrapassam-se, assim, as rígidas demarcações impostas ao direito pela dogmática monista-positivista-estatal, para se inserirem, em seu conjunto, elementos provenientes de fontes diversas do Estado. “Com o pluralismo jurídico, outras espécies participam do processo de formação do Direito, e não apenas o Estado, como lecionam os monistas.”¹⁶⁰

A imagem de conjunto ilustra bem a visão pluralista do direito e, conseqüentemente, da norma *jurídica*, na qual a legislação estatal aparece como um dos elementos do conjunto, que admite a coabitação com outros, todos eles inseridos em um mesmo espaço abstrato, considerado este como o campo de estudo do direito.

A norma apreendida e tratada no campo de estudo do direito poderia ser assim representada:

$$NJ = \{LE, LH, LP\}$$

Onde NJ representa a totalidade das normas *jurídicas*, LE a legislação estatal, LH a legislação híbrida e LP as normas de produção exclusivamente privada.

Quando se procura ampliar a representação da norma jurídica para o próprio direito, outra ilustração que utiliza a ideia de círculos, um menor contido em um maior, para demonstrar que o direito não se limita ao Estado, foi a desenvolvida por Gurvitch, ao afirmar que se deve “[...] *considerar el Estado como un círculo restringido de derecho inscrito e nel interior del círculo infinitamente más vasto del derecho no estatal. En la vida jurídica, el Estado es como un pequeño lago profundo perdido en el inmenso mar del derecho, que lo rodea por todas partes*”.¹⁶¹

¹⁶⁰ Henri Lévy-Bruhl, *Sociologia do Direito*, Martins Fontes, São Paulo, 1998, p. 20, apud Jonas Luiz Moreira de Paula, *O Costume no Direito*, Bookseller, Campinas/SP, 1997, p. 59.

¹⁶¹ Georges Gurvitch, *La Idea del Derecho Social*, ed. Comares, Granada, 2005, p. 164.

Santi Romano também partilhou esse entendimento, compreendendo que “[...] o Estado deve ser considerado não como a única ordenação existente, mas como uma das ordenações que constituem o mundo jurídico existente e que, entre si, vivem ora em relação de coexistência social, ora em luta, ora ignorando-se umas às outras”.

Portanto, a teoria que admite o direito como um fenômeno plural cuja ocorrência não está limitada à fonte estatal vai propiciar a expansão do espaço de trabalho da ciência jurídica, que, nos parece, deve conter interseções com outras áreas do saber, notadamente a economia, a sociologia, a antropologia e a psicologia.

Sob a ótica da evolução histórica do *pluralismo jurídico*, Wolkmer¹⁶² utiliza o critério temporal para sustentar a existência de três etapas do pluralismo jurídico, assim nomeadas: *Pluralismo Jurídico Clássico*, *“Novo” Pluralismo Jurídico* e *Pluralismo Jurídico Legal Avançado ou Pós-Moderno*.

No final do século XIX e avançando para o XX, estaria localizada a etapa do *Pluralismo Jurídico Clássico*, que aparece nas lições de E. Ehrlich, G. Gurvitch, Santi Romano e, ainda, nos escritos dos antropólogos Furnivall, Malinowski, Mauss e Redfield.

Ainda no século XX, porém mais para o seu final, como decorrência das modernas sociedades capitalistas, estaria localizada a etapa nomeada como *“Novo” Pluralismo Jurídico*. São desta fase os estudos de J. Gilissen, J. Vanderlinden, J. Griffiths, L. Pospisil, Sally F. Moore e, nos anos 1970 e 80, os desenvolvidos por Boaventura de Sousa Santos.

Iniciada no final do século XX e em pleno desenvolvimento no século XXI, está a fase contemporânea, *Avançada* ou *Pós-Moderna*, cuja evolução coincide com o rápido avanço tecnológico e a alteração de paradigmas normativos, impostos por um modo de vida globalizado adotado pela maioria da população mundial.

É de Wolkmer a passagem que segue:

“Tal versão contemporânea entreabre algumas tendências significativas enquanto formulações metateóricas, com elevado nível epistemológico, que captam e explicitam a funcionalidade normativa no espaço e no tempo da globalidade. Dentro dessa esfera, duas configurações díspares assumem representatividade: o Pluralismo Jurídico Autopoiese, de Gunther Teubner, inspirado em H. Maturana e N. Luhmann, e o Pluralismo Jurídico Pós-Moderno, de Boaventura S. Santos, síntese da interlegalidade em conexão de ‘espaço-tempo global’. Ou seja, amplia-

¹⁶² Antonio Carlos Wolkmer, “Introdução”, in Antonio Carlos Wolkmer, Francisco Q. Veras Neto e Ivone M. Lixa (orgs.), *Pluralismo Jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade*, 2. ed., Saraiva, São Paulo, 2013, p. 8/9.

se o aporte para o terreno mundializado da ‘pluralidade de ordenamentos jurídicos’.”¹⁶³

De fato, a verificação da existência de pluralismos jurídicos normativos não é tema recente; em verdade, a coexistência de sistemas normativos antecede a formação do Estado moderno, sendo comum no período medieval.¹⁶⁴

O direito, na Idade Média, não apresentava uma estrutura sistemática unitária, mas sim pluralista; cada feudo detinha um direito próprio, e se aplicava, ainda, de forma concomitante e supletiva, o direito canônico, visigótico e romano.¹⁶⁵

Quando do desenvolvimento de suas pesquisas e trabalhos empíricos em comunidades carentes da Cidade do Rio de Janeiro, no Brasil, Boaventura de Sousa Santos constatou a existência da produção de normas jurídicas não legisladas pelo Estado, mas, sim, pela sociedade organizada local, tese que ficou conhecida como o *Direito de Pasárgada*.¹⁶⁶ Ao retomar o debate da quebra do monopólio estatal como tema relevante do estudo da Sociologia do Direito,¹⁶⁷ Boaventura aborda o assunto em sua atualidade. Entretanto, no mesmo caminho de Carbonnier, Bobbio e Gurvitch, já mencionados, observa, também, que a pluralidade jurídica não é novidade no direito, confirmando a sua ocorrência durante o período medieval:

“[...] a sociedade medieval era uma sociedade pluralista, posto ser constituída por uma pluralidade de agrupamentos sociais cada um dos quais dispendo de um ordenamento jurídico próprio: o direito aí se apresentava como um fenômeno social, produzido não pelo Estado, mas pela sociedade civil. Com a formação do Estado moderno, ao contrário, a sociedade assume uma estrutura monista, no sentido de que o Estado concentra em si todos os poderes, em primeiro lugar aquele de criar o direito: não se contenta em concorrer para esta criação, mas quer ser o único a estabelecer o direito, ou diretamente através de lei, ou indiretamente através do reconhecimento e controle das normas de formação consuetudinária. Assiste-se,

¹⁶³ Antonio Carlos Wolkmer, “Introdução”, in Antonio Carlos Wolkmer, Francisco Q. Veras Neto e Ivone M. Lixa (orgs.), *Pluralismo Jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade*, 2. ed, Saraiva, São Paulo, 2013, p. 8/9.

¹⁶⁴ Norberto Bobbio, *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*, trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues, Ícone, São Paulo, 1995, p. 27.

¹⁶⁵ Cynara de Barros Costa, *Direito transnacional do comércio: uma teoria afirmativa da natureza jurídica das normas do comércio transnacional*, O Autor, Recife, 2016, p. 64.

¹⁶⁶ Boaventura realizou seu trabalho de campo para a tese de doutorado em uma comunidade na Cidade do Rio de Janeiro, à qual atribuiu o pseudônimo de Pasárgada, em uma possível referência ao poema de Manuel Bandeira, “Vou-me embora para Pasárgada”.

¹⁶⁷ Boaventura de Sousa Santos, “O Estado e o Direito na Transição Pós-Moderna: para um Novo Senso Comum sobre o Poder e o Direito”, in *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 30, 1990, p. 17.

assim, àquilo que em outro curso chamamos de processo de monopolização da produção jurídica por parte do Estado.”¹⁶⁸

O direito comercial regedor das trocas, em especial as normas que regem as relações entre consumidores, comerciantes e produtores, é indicado por Boaventura como o primeiro ramo jurídico a se desenvolver com relativa independência do Estado no direito medieval.

Como se verá nos tópicos II.c.6 e II.c.7 desta tese, o *costume mercantil* exerceu e ainda desempenha papel relevante no direito comercial, sendo uma das *fontes* desse ramo do direito.

Atualmente, algumas das práticas comerciais, em especial, as regedoras das atividades mercantis desenvolvidas em um espaço geográfico globalizado acabaram capturadas e incorporadas ao que se convencionou chamar de *nova Lex Mercatoria*.¹⁶⁹

O pluralismo jurídico, portanto, sob a ótica histórica, prevaleceu durante longo período, apenas cedendo espaço ao monopólio estatal por ocasião da formação dos Estados nacionais soberanos. Retoma agora, na pós-modernidade, papel de relevo, concorrendo na regulação setorial transnacional, revelando a fragmentação jurídica própria da relativização do conceito de nações soberanas estanques.

A globalização da sociedade mundial impôs ao direito a admissão de uma nova ordem. Essa não cabe na dogmática que privilegia um entendimento unitário e se apoia na hierarquia para estabelecer o que seja um *ordenamento jurídico*, passando a demandar um tratamento que supere a dogmática positivista para ingressar no campo da multidisciplinaridade.¹⁷⁰

Em linhas gerais, o direito nasce na sociedade como forma de padronizar comportamentos tidos como corretos e coibir aqueles não aceitos em determinado espaço temporal e geográfico, para produzir efeitos também na sociedade. Portanto, na visão pluralista, não pode ser considerado e, menos ainda, estudado, apenas como um fenômeno do Estado.¹⁷¹ O que se observa é que “[...] novos movimentos sociais acabam, por fim, de inaugurar uma fonte não estatal, geradora de direitos comunitários emergentes”.¹⁷²

¹⁶⁸ Boaventura de Sousa Santos, “O Estado e o Direito na Transição Pós-Moderna: para um Novo Senso Comum sobre o Poder e o Direito”, in *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 30, 1990, p. 17.

¹⁶⁹ Ver título IV, b.2, deste trabalho.

¹⁷⁰ Cynara de Barros Costa, *Direito transnacional do comércio: uma teoria afirmativa da natureza jurídica das normas do comércio transnacional*, O Autor, Recife, 2016, p. 219.

¹⁷¹ Rui Pinto Duarte, “Pluralismo jurídico e democracia”, in *António Manuel Hespanha: entre a história e o direito*, Cristina Nogueira da Silva, Ângela Barreto Xavier, Pedro Cardim (orgs.), Almedina, Coimbra, 2015, p. 423.

¹⁷² Jonas Luiz Moreira de Paula, *O Costume no Direito*, Bookseller, Campinas/SP, 1997, p. 312.

Como é um acontecimento social, somente parte da normatização se transforma em lei estatal. Uma vez absorvida, pode a norma se utilizar do aparelho impositivo do Estado para ser efetivada de forma coercitiva. Isto não quer dizer, necessariamente, que determinada normatização, antes de incorporada a preceito contido na legislação estatal, não detenha *eficácia social*; bem ao contrário, em boa parte dos casos, exatamente por deter essa *eficácia*, representando o *consenso médio*, é que o Estado tem optado por capturar a norma e transformá-la em lei.

Ao tratar da abordagem feita pela sociologia jurídica do que seja o direito, Carbonnier pondera que esta consegue se colocar em posição oposta à dogmática jurídica e entender o direito como fenômeno múltiplo.

Pondera Carbonnier:

*“[...] el derecho es esencialmente múltiple y heterogéneo. En el mismo momento y en el mismo espacio social pueden coexistir sistemas jurídicos diversos: el sistema estatal, ciertamente, pero también otros sistemas, que son independientes de él y eventualmente pueden ser rivales. Es la hipótesis del pluralismo jurídico. Se trata ante todo de una hipótesis científica, que quiere ser la comprobación de unos hechos. Pero puede concebirse también como una doctrina de política legislativa, que critica el monopolio del Estado en la formación del derecho y que reclama una descentralización de la actividad legislativa y una multiplicación de las fuentes.”*¹⁷³

Carbonnier¹⁷⁴ aponta Georges Gurvitch como o autor que conseguiu tratar o *pluralismo jurídico* de forma orgânica, desenvolvendo, por meio da tese do *direito social*, o conceito de *fato normativo* como pressuposto antecedente e condicionante da *norma jurídica*. Gurvitch também demonstrou o predomínio de ordens múltiplas no período da Idade Média, através das quais a dinâmica jurídica era estabelecida, convivendo o direito canônico com o estatal e, ainda, com aquele oriundo das corporações.

Ao tomar como ponto de partida o conceito de *fato normativo*, Gurvitch difere e divide as fontes do direito em duas categorias: as *primárias*, relacionadas aos *atos normativos*, e as *secundárias*, sendo estas últimas o resultado da aplicação de metodologia técnica própria para a formalização dos fatos normativos. Isso não faz com que Gurvitch abdique completamente da ideia de existência de um direito positivo, mas transfere o eixo da positividade do direito, que agora não deve ser verificada com a utilização da definição de que sua fonte de produção foi o Estado.¹⁷⁵

¹⁷³ Jean Carbonnier, *Sociologia Jurídica*, tradução Luis Díez-Picazo, Ed. Tecnos, Madrid, 1972, p. 118-119.

¹⁷⁴ Idem, p. 119.

¹⁷⁵ Georges Gurvitch, *La Idea del Derecho Social*, Ed. Comares, Granada, 2005, p. 159.

As fontes *formais* são mecanismos de captura dos *atos normativos*, estes preexistentes àquelas. Uma vez capturados, os *atos normativos* dão origem às normas. O importante na análise dessa dinâmica é a observação de que os *atos normativos* nem sempre são capturados pelo Estado, não detendo este o monopólio dessa atividade. Dentre vários procedimentos técnicos possíveis para a captura do *ato normativo*, apenas um deles é realizado pelo Estado, o que demonstra a *pluralidade jurídica*, agora em razão da *pluralidade de fontes formais de captura*.

Gurvitch lista dez fontes *formais* de direito assim agrupadas: i) costumes;¹⁷⁶ ii) estatuto; iii) lei estatal; iv) prática dos tribunais; v) prática de órgãos extrajudiciais; vi) doutrina; vii) convênios e atos-regra – que exercem papel importante no direito internacional; viii) declarações sociais; ix) precedentes e x) o reconhecimento de um novo estado de coisas por quem suporta os danos ou preconceitos.¹⁷⁷

Da doutrina de Gurvitch extrai-se que a lei estatal revela apenas parte do direito, sendo uma entre, pelo menos, dez de suas fontes *formais*, o que possibilita tanto a sustentação de *pluralismos jurídicos*, quanto o avanço para o estudo de normas não derivadas da clássica atividade legislativa do Estado.

Carbonnier afirma que Gurvitch demonstra a existência de diversos centros criadores de direito na sociedade contemporânea, classificando-os em internos, como os sindicatos, cooperativas e empresas, ou externos, quando se referem às organizações internacionais. O traço comum dessas criações é a espontaneidade, notando Carbonnier que “Gurvitch insiste en la espontaneidad, porque para él, como para Ehrlich y para los partidarios del derecho libre, el poder jurídico, mediante el cual se crea el derecho, no reside en el Estado, sino en los hechos [atos] normativos, en el corazón de la vida social”.¹⁷⁸

Entretanto, a verificação do *pluralismo* não se limita aos múltiplos mecanismos de captura dos *atos normativos*. O *pluralismo* persiste quando a positividade do direito deixa de ser constituída pela sua *formalização*, existindo um *direito positivo formal* e um *direito positivo intuitivo*. O equilíbrio entre ambos mostra-se fundamental para a sobrevivência do sistema normativo vigente, inclusive o estatal, na medida em que o distanciamento do *direito positivo formal* do *intuitivo* pode dar causa a rupturas sociais e até mesmo a revoluções.¹⁷⁹ Isto porque o *direito intuitivo* aceito pela sociedade, quando descolado ou posto em oposição ao *direito positivo formal*, força a busca de alternativas.

¹⁷⁶ Vide título II.c.6, deste trabalho.

¹⁷⁷ Georges Gurvitch, *La Idea del Derecho Social*, Ed. Comares, Granada, 2005, p. 149.

¹⁷⁸ Jean Carbonnier, *Sociología Jurídica*, trad. Luis Díez-Picazo, Madrid, Ed. Tecnos, 1972, p. 118-119.

¹⁷⁹ João Antonio da Silva Filho, *A Era dos Direitos Positivos*, Ed. Contracorrente, 2ª ed, São Paulo 2019, p.30/31

“Novos comportamentos sociais iniciam-se, mas, desta vez, rompendo a ordem legal. Tais comportamentos podem ser examinados à luz da *desobediência civil* e da *revolução*.”¹⁸⁰

De fato, rupturas sociais podem nascer exatamente do descolamento do *direito positivo formal*, notadamente do estatal, do *direito positivo intuitivo*.

Os *atos normativos* contidos no *direito social*, ao se perceberem apartados do *direito positivo formal*, buscam ganhar força até chegarem ao ponto em que o *direito positivo intuitivo* se sobreponha ao *direito positivo formal*, que passa a sofrer alterações para abrigar os novos *atos normativos*.

Quando o *direito positivo formal* não abre espaço para contemplar as alterações demandadas pelo *direito positivo intuitivo*, estabelecendo-se um conflito entre eles, poderão verificar-se rupturas sociais e revoluções. Como ressaltado, essas crises decorrem exatamente da busca do *direito positivo intuitivo* de sobrepor-se ao *direito positivo formal*, tendo como objetivo a alteração deste último para que se ponha em linha de acordo com os *atos normativos*, incorporando a *positividade intuitiva*.¹⁸¹

Através das lições de Carbonnier e Gurvitch, pode-se caminhar em território externo ao direito estatal, sem com isso abandonar ou ultrapassar o campo do direito; é possível, assim, descortinar a dinâmica das movimentações dos fatos sociais e econômicos, produzindo regras que vão pautar o comportamento de pessoas e organizações, normas que nem sempre são ditadas pelo Estado e, por vezes, sequer passam pelo processo estatal de captura e formalização; entretanto, terminam por dirigir o comportamento de grupos sociais, empresariais e, por mais paradoxo que possa parecer, do próprio Estado.

Ao se navegar pelo espaço externo ao direito positivo estatal, pode-se perceber a existência de normas que portam conteúdo jurídico, mas cuja produção resultou de atividades desenvolvidas pela sociedade, por instituições, empresas e demais organizações híbridas ou privadas, não percorrendo o caminho da formalização estatal, qual seja, o processo legislativo do Estado. Não obstante, mesmo não sendo fruto do

¹⁸⁰ Jonas Luiz Moreira de Paula, *O Costume no Direito*, Bookseller, Campinas/SP, 1997, p. 325.

¹⁸¹ “El equilibrio dinámico entre estas dos variedades del derecho positivo es la condición necesaria de todo desarrollo jurídico normal. Si este equilibrio entre el derecho positivo formal y el derecho positivo intuitivo se rompe, surgen las revoluciones, que presentan un triunfo temporal del derecho intuitivo sobre el derecho formal, pero no tienen en realidad otro objetivo que establecer un nuevo sistema de hecho formal mejor adaptado a los ‘hechos normativos’ que el antiguo, que debía expresarlos, pero ha comenzado a traicionarlos.” Georges Gurvitch, *La Idea del Derecho Social*, Ed. Comares, Granada, 2005, p. 148.

trabalho parlamentar, são essas normas observadas por seus destinatários, já que refletem um *consenso social médio*, que se adequa ao *critério de eficácia social da norma*.¹⁸²

Nesta linha de pensamento, ao se referir à norma estatal, concluiu Moreira de Paulo que “[a] eficácia de uma norma revela a adesão do corpo social ao mandamento legal”.¹⁸³

Verificada a existência de normas jurídicas fora do espaço estatal, pode-se perceber que, em alguns casos, mesmo não sendo dotadas do aparelho coator estatal, apresentam relevante aceitação e *eficácia social*, em contraste a determinadas normas jurídicas de produção estatal cuja produção de efeitos no tecido social é pequena ou, em certas situações, nenhuma. O *dever ser* de determinadas normas estatais acaba por se descolar do *ser*, pouco ou nada interferindo na *real* dinâmica econômica e social; seus preceitos se tornam, como consequência, mera *letra morta*.¹⁸⁴

O critério de *eficácia social* da norma não está preso à sua formalização pelo Estado, pois podem existir normas não estatais com ampla aceitação e *eficácia social*, de um lado, e, de outro, normas produzidas pelo Estado de nenhum efeito prático na sociedade, destituídas, portanto, de *eficácia social*.

Paulo Otero trata desse fenômeno, ao verificar a existência de determinadas normas no direito positivo constitucional de Portugal, pontuando que “as ‘normas oficiais’ sem efetividade, apesar de inaplicáveis, permanecem impressas no texto escrito da Constituição como simples recordações adormecidas, verdadeiros ‘fantasmas de papel’, destituídas de qualquer imperatividade jurídica”.¹⁸⁵

Esse autor, ao se referir ao direito constitucional português, cita o caso das “[...] normas constitucionais¹⁸⁶ ordenadoras da ‘transição para o socialismo’ e da

¹⁸² O conceito de *critério de eficácia social* utilizado pauta-se pela verificação de adequação social da norma. Sob essa ótica, a norma, além de ser submetida a seus processos formais de validação, quando estatal, também passa pelo crivo da aceitação social.

¹⁸³ Jonas Luiz Moreira de Paula, *O Costume no Direito*, Bookseller, Campinas/SP, 1997, p. 138.

¹⁸⁴ Entende-se por “*letra morta*” ou “*lei morta*”, aquela norma estatal que, embora permaneça vigente no sistema jurídico, já que não revogada, não mais produz qualquer efeito, deixando de ser aplicada. Exemplo interessante de *lei morta*, ou em *desuso*, pode ser colhido do art. 59 da Lei de Contravenções Penais brasileira, que punia com prisão simples aquele que habitualmente se entregasse à “[...] ociosidade, sendo válido para o trabalho, sem ter renda que lhe assegure meios bastantes de subsistência, ou prover à própria subsistência mediante ocupação ilícita”.

¹⁸⁵ Paulo Otero, “Fragmentação da Constituição Formal”, in *O Direito Contemporâneo em Portugal e no Brasil*, Ives Gandra da Silva Martins e Diogo Leite de Campos (coords.), Almedina, Coimbra, 2004, p. 16-17.

¹⁸⁶ O artigo 1º do Decreto nº 10/74 estabelecia: “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na sua transformação numa sociedade sem classes”. O artigo 2º do mesmo diploma legal firmava: “A República Portuguesa é um Estado democrático, baseado na soberania popular, no respeito e na garantia dos direitos e liberdades fundamentais e no pluralismo de expressão e organização política democráticas, que tem por objectivo assegurar a transição para o

‘transformação numa sociedade sem classes’ que, apesar de só terem sido removidas do texto da ‘Constituição oficial’ pela revisão de 1989, há muito se encontravam sem qualquer efectividade, se é que alguma vez, enquanto normas oficiais, chegaram a ter vigência”.¹⁸⁷

Na medida em que determinada norma contida no direito estatal vigente não é mais utilizada, deixando de ter eficácia, outra norma *intuitiva* não inserida na lei do Estado passa a funcionar, ocupando o espaço vazio e regendo o comportamento; verifica-se, aqui, o contraste entre o *direito positivo formal* e o *intuitivo*, passando este último a moldar a conduta por estar mais próximo do consenso social médio que se formou sem a necessidade de imposições estatais.¹⁸⁸

Ao se admitir como válida a premissa de que existe direito fora das balizas estatais, pode-se avançar para a verificação de que esse direito, no cenário atual, é capaz de extrapolar fronteiras e linhas divisórias de Estados soberanos para transitar permeando-os ou até mesmo em rota que relativize o conceito de Estados *soberanos*, cujos pressupostos passam a ser, também, relativizados, notadamente a partir da adoção de um modelo econômico que confere ao Estado o papel de regulador e não de operador das atividades.

À medida que se passa a questionar o monopólio e a soberania da produção legislativa pelo Estado nacional, quebra-se o paradigma monista das fontes, afirmando Paulo Otero que a alegação de que o Estado é o único produtor de direito revela uma ilusão,¹⁸⁹ já que “[...] sucede, todavia, que nem a lei é a única fonte de Direito, nem o Estado tem o monopólio da criação do Direito”.¹⁹⁰

Atualmente, algumas linhas de pesquisa vêm tomando corpo em relação ao Pluralismo Jurídico. Duas delas merecem relevo: (1) a primeira possibilitou a demonstração empírica da existência de pluralismos jurídicos expressamente admitidos pelo aparelho estatal e reside nas construções constitucionais que nasceram na África e

socialismo mediante a criação de condições para o exercício democrático do poder pelas classes trabalhadoras”.

¹⁸⁷ Paulo Otero, “Fragmentação da Constituição Formal”, in *O Direito Contemporâneo em Portugal e no Brasil*, Ives Gandra da Silva Martins e Diogo Leite de Campos (coords.), Almedina, Coimbra, 2004, p. 16-17.

¹⁸⁸ “Observa-se aqui, deste modo, que a debilitação da força normativa da Constituição pela falta de efectividade dos seus preceitos, fazendo emergir em termos informais uma normatividade ‘oficial’, traduz a existência de uma regra implícita de paridade hierárquico-normativa entre estes dois mundos normativos e a definição de uma inerente igualdade de legitimidades entre o poder constituinte originário formal e o poder constituinte originário informal.” Ibidem, p. 16-17.

¹⁸⁹ Paulo Otero, “Fragmentação da Constituição Formal”, in *O Direito Contemporâneo em Portugal e no Brasil*, Ives Gandra da Silva Martins e Diogo Leite de Campos (coords.), Almedina, Coimbra, 2004, p. 16-17, p. 7.

¹⁹⁰ Ibidem, p. 9.

na América Latina, as quais buscam, além de identificar, dar proteção e respeitar normas tomadas como jurídicas de produção não estatal, como ocorre no caso da jurisdição indígena na Colômbia¹⁹¹ e no acolhimento de diversos sistemas normativos pela Constituição de Moçambique.¹⁹² (2) A segunda, que não tem como foco de suas preocupações dar legitimidade a normatizações pesquisadas pela primeira, busca estudar o fenômeno da transferência de parte da regulação econômica e comercial mundial para a iniciativa privada, não se limitando ao estabelecimento de normas de conduta, mas avançando, também, para a resolução privada de conflitos, com a criação de sistemas autopoieticos. Esta dissertação identifica-se com a segunda linha de pesquisa.

Por ocasião do lançamento de sua obra *O Caleidoscópio do Direito*, Professor Hespanha demonstrou a existência de uma crise no legalismo estatal, sustentando que as ordens jurídicas atuais detinham características pluralistas. À análise deste tema é dedicado um capítulo nomeado “Normatização Privada”, no qual Hespanha pontua a existência de normas jurídicas produzidas por setores da sociedade, especialmente os empresariais, sem a participação do Estado.¹⁹³

Assim, em um primeiro momento, o Estado moderno se apropria do poder de *dizer o direito*, para centrar nele o monopólio de legislar, afastando do campo do direito todas as demais ordenações sociais, que são postas em uma escala hierárquica inferior ao direito estatal. Atualmente – em um segundo momento, portanto –, parece que o Estado Regulador tende a consentir – e mesmo a estimular – a criação de um direito privado que parte de setores organizados da sociedade, notadamente, com vertentes econômicas e comerciais.

A observação do direito em seu corte histórico atual faz com que o positivismo estatal ainda apareça como o centro normativo jurídico. Contudo, se essa perspectiva histórica for alargada, passa a ser possível conjecturar que a regra geral aplicável à produção normativa seja a que admite e contempla *pluralismos jurídicos*, prevalecendo esta regra tanto no período anterior à formação dos Estados nacionais, quanto no posterior à implantação da teoria do Estado meramente gerencial, iniciada no final do século XX, isto, em um contexto de globalização.

¹⁹¹ *Sentencia T-921/13 – Corte Constitucional de Colombia*. Reconhece o direito dos índios de serem julgados pelas autoridades indígenas de acordo com suas normas e procedimentos. A íntegra da sentença está disponível no sítio eletrônico: <http://www.corteconstitucional.gov.co>

¹⁹² Constituição de Moçambique, aprovada pela Assembleia da República em 16 de novembro de 2004. “Artigo 4. O Estado reconhece os vários sistemas normativos e de resolução de conflitos que coexistem na sociedade moçambicana, na medida em que não contrariem os valores e os princípios fundamentais da Constituição.” A íntegra da Constituição de Moçambique pode ser consultada no endereço eletrônico: <http://cedis.fd.unl.pt/wp-content/uploads/2016/01/CONST-2004.pdf> Acesso em: 8 jan. 2020 às 17:50 h., hora de Brasília.

¹⁹³ António Manuel Hespanha, *O Caleidoscópio do Direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje*, Almedina, Coimbra, 2007, p. 570.

Quando se observa o direito através da lente do processo histórico de desenvolvimento das sociedades, a consolidação do direito dos códigos, em especial no período napoleônico, aparece como consequência natural do movimento anterior que havia centralizado nos Estados nacionais e nas monarquias absolutistas o *direito* de dizer o *Direito*, valendo-se do monismo jurídico como tese dirigida à manutenção do poder.

Nesse contexto de Estado “forte”, questionar o monismo e abrir o direito para normatizações jurídicas externas àquelas estatais implicava ameaça à concentração de poderes nas mãos dos agentes do Estado, não se admitindo o risco de perder o Estado o protagonismo de definir o que fosse *certo* ou *errado*.

Com o enfraquecimento do Estado e a eleição da sociedade civil como nova protagonista dos arranjos sociais e econômicos, situação que foi favorecida e intensificada a partir do final do século XX com a privatização de ativos estatais e a retirada do Estado da operação direta da atividade econômica, multiplicaram-se as normas que não se originam de um específico Estado soberano, podendo-se observar as que nascem da atividade de diversos Estados, bem como aquelas que, quanto à criação, desprendem-se do Estado e passam a ser provenientes de determinados setores sociais e econômicos organizados. Essa prática parece avançar nesta primeira quadra do século XXI, dando sinais de que o atual desenho traçado para o Estado e o novo papel que se espera venha ele a desempenhar coincidem com a recuperação do pluralismo jurídico e a implantação de estruturas normativas setoriais.

A contínua observação desse deslocamento do eixo normativo, bem como a verificação de em que *locus* os *atos jurídicos* referidos por Gurvitch estão atualmente aflorando e, ainda, por quais estruturas e grupos estão sendo capturados poderão fornecer dados empíricos que venham a confirmar ou não a superação da fase monista do direito, ficando esta localizada em um período histórico determinado, atrelada a estruturas estatais alargadas e centralizadoras.

Confirmada essa hipótese, a linha que deve ser observada, quando do enfrentamento do problema da fixação das balizas que limitam o campo do direito, poderá ser aquela que admita como regra geral a pluralidade de fontes normativas, deslocando-se a unicidade para o campo das exceções confirmadoras da regra.

No início deste tópico, foi feito o cotejo da tese do *direito natural* com a relativa ao *pluralismo jurídico*, sustentando-se que elas têm como ponto de contato a admissão da existência de direito fora do quadro estabelecido pela legislação estatal. O mesmo se dá com a temática do *direito vivo*, que igualmente ultrapassa os limites de um suposto monopólio estatal de produção da norma jurídica.

Como visto, a admissão de *pluralismos jurídicos* coloca-se como tese que se contrapõe ao *monismo*, funcionando, também, como contraponto do *positivismo* jurídico. Entretanto, parece-nos que o pensamento desenvolvido pelo *direito livre* é aquele que melhor define uma antítese ao *positivismo*, tanto assim que ganhou repercussão o embate travado entre Kelsen e Ehrlich: aquele, expoente do *positivismo jurídico* e este, partidário do *direito livre*.

Por admitir o movimento do *direito livre* a existência de normatizações não provenientes do Estado, parece importante passar por esta teoria, já que a mesma, tanto quanto a do *pluralismo jurídico*, permite ao jurista sobrevoar espaços normativos não inseridos no direito posto pelo Estado. Assim, no título posterior, será abordado o movimento do *direito livre*.

II.c.3) Direito Livre

Eugen Ehrlich, jurista e sociólogo contemporâneo de Hans Kelsen,¹⁹⁴ demonstrou a existência de direito para além das normas estatais, combatendo o positivismo jurídico e sustentando, no livro *Fundamentos da Sociologia Jurídica*,¹⁹⁵ que o traço mais relevante do direito é encontrado na sociedade e não nas fontes estatais, como a lei e a jurisprudência.

A teoria do *direito livre*, quando estabelece uma clara *antítese* à *tese* positivista, colocando em debate o monopólio do Estado na produção jurídica normativa, permite avançar na verificação de normas que comportem o adjetivo *jurídico*, cuja produção derive de instituições ou organizações diversas do Estado.

A disputa teórica travada entre Ehrlich e Kelsen, na busca do conceito do direito e na delimitação do seu espaço, está bem retratada na obra *Lições Preliminares de Sociologia do Direito*, na qual a Professora Doutora Silvia Alves, em um subcapítulo, examina a controvérsia. Diz Silvia Alves: “[...] O conceito ehrlichiano de direito supõe a peremptória rejeição: da necessária origem estadual do direito; da doutrina da unidade e da perfeição do ordenamento jurídico [...]”,¹⁹⁶ sublinhando que “Ehrlich opõe-se firmemente à concepção que defende a onipotência do Estado e de sua legislação. Considera, aliás, modesta a participação do Estado na criação do direito”.¹⁹⁷

¹⁹⁴ Ambos viveram entre o final do século XIX e parte do XX.

¹⁹⁵ Eugen Ehrlich, *Fundamentos da Sociologia do Direito*, trad. René Ernani Gertz, Editora Universidade de Brasília, Brasília, 1986, p. 388.

¹⁹⁶ Silvia Alves, *Lições Preliminares de Sociologia do Direito*, Lisboa, AAFDL Editora, 2018, p. 91.

¹⁹⁷ Ibidem, p.93.

Os questionamentos desse autor permanecem atuais, pois ele já ponderava que o ensino do direito se resumia ao da lei estatal, o que implicava uma formação positivista do jurista; assim, em relação à limitação do campo de pesquisa do direito, alertou que “não constitui nenhuma ousadia afirmar que hoje em dia no continente europeu tanto na pesquisa quanto na bibliografia e no ensino não se conhece outro direito a não ser a lei”.¹⁹⁸ Essa constatação fez com que Ehrlich formulasse proposição crítica à metodologia positivista, já que a formação do jurista estaria limitada, à medida que ele deixasse de ter contato com realidades jurídicas que não estivessem inseridas no contexto acadêmico do direito estatal.

Observa-se com facilidade que a visão do direito, posta e sustentada por Ehrlich, se contrapõe de forma direta à teoria positivista de Kelsen, pois aquele vai buscar fenômenos jurídicos ocorridos fora do campo estatal, inclusive no que se refere à eficácia das normas, colocando em debate qual seria a origem primária da norma jurídica.

Através de suas pesquisas e análises, constata Ehrlich que grande parte do direito não tem como origem a maternidade estatal, razão pela qual afirma que “nenhum jurista com formação científica duvida, hoje em dia, cem anos após Savigny e Puchta, que no passado grande parte do direito não era criado pelo Estado e que mesmo hoje uma boa parte tem outra origem”.¹⁹⁹

O *direito livre* de Ehrlich converge com o *pluralismo jurídico*, principalmente quando ambos buscam nas práticas comerciais exemplos empíricos que confirmam a exposição teórica.

É verdade que Ehrlich se utiliza da expressão *prescrição jurídica* para referir-se à norma feita pelo Estado. Entretanto, a admissão de fontes plurais resulta dos próprios pressupostos do movimento do *direito livre*, havendo interseções entre essa tese e o *pluralismo jurídico*, em especial quando se avança para o direito comercial, pois as práticas materiais e procedimentais das operações mercantis são utilizadas como suporte fático para a formulação do conceito de *direito vivo*.²⁰⁰

Convém transcrever trecho da obra de Ehrlich, que bem retrata o seu pensamento:

“A extraordinária organização da produção de bens que nos trustes e cartéis está se processando diante de nossos olhos, todas as modernas conquistas no campo do

¹⁹⁸ Eugen Ehrlich, *Fundamentos da Sociologia do Direito*, trad. René Ernani Gertz, Editora Universidade de Brasília, Brasília, 1986, p.16.

¹⁹⁹ Eugen Ehrlich, *Fundamentos da Sociologia do Direito*, trad. René Ernani Gertz, Editora Universidade de Brasília, Brasília, 1986, p.16.

²⁰⁰ Eugen Ehrlich, *Fundamentos da Sociologia do Direito*, trad. René Ernani Gertz, Editora Universidade de Brasília, Brasília, 1986, p. 378.

transporte, as inúmeras invenções, tudo isto a toda hora está conduzindo a novas configurações que abrem novos campos de trabalho para o jurista.

Este, portanto, é o direito *vivo* em contraposição ao apenas *vigente* diante de tribunais e órgãos estatais. O direito vivo é aquele que, apesar de não fixado em prescrições jurídicas, domina a vida. As fontes para conhecê-lo são, sobretudo, os documentos modernos, mas também a observação direta do dia a dia do comércio, dos costumes e usos e também das associações, tanto as legalmente reconhecidas quanto as ignoradas e até ilegais. [...].”²⁰¹

Ao se analisar, neste trabalho, o *pluralismo jurídico*, tanto em tempos passados (na Idade Média), quanto na contemporaneidade, em que se vê a formação de normas transnacionais não estatais, encontram-se casos concretos extraídos das práticas comerciais e de fatos econômicos, os quais serão expostos no curso da tese, notadamente nos capítulos III e IV. Verifica-se que a dinâmica veloz das renovadas necessidades normativas impostas pelos engenhos comerciais, por vezes, não é acompanhada pela formal e naturalmente conservadora legislação estatal, o que faz com que os agentes econômicos busquem soluções jurídicas consensuais que permitam a continuidade do desenvolvimento das suas atividades.²⁰²

Ehrlich reconhece nessas práticas mercantis o que denomina *direito vivo*, que, como categoria teórica, está localizado em linha de oposição ao *direito vigente*, apontando o direito comercial como “[a] única área do direito que parte regularmente, e não só ocasionalmente, daquilo que realmente se pratica”,²⁰³ expandindo o campo do direito para permitir ao investigador a análise de acontecimentos jurídicos ocorridos fora do sistema jurídico estatal.

O ângulo de abordagem do direito que o admite como um acontecimento ou fenômeno não limitado aos muros estatais torna possível a apreensão, pelo jurista, de novos cenários normativos que despontam como resultantes das modificações percebidas nas relações econômicas e, mesmo, sociais, especialmente quando o Estado passa a assumir um papel secundário na operação das atividades econômicas, atuando de forma mais intensa na sua regulação.

É importante, desde logo, ressaltar que não se está, aqui, a atribuir valor a essas modificações; ao contrário, o que se busca é submetê-las ao debate para, uma vez

²⁰¹ Ibidem, p. 378.

²⁰² Exemplo atual desse fato são os aplicativos relativos a aluguel de casas e transportes de passageiros que apresentaram uma realidade econômica completamente nova para o direito, que ainda hoje busca regular essas práticas comerciais de forma adequada.

²⁰³ Eugen Ehrlich, *Fundamentos da Sociologia do Direito*, trad. René Ernani Gertz, Editora Universidade de Brasília, Brasília, 1986, p. 377.

admitida tanto a sua existência, quanto a possível alteração de paradigmas relativos à produção da norma jurídica em sede econômica e comercial, possibilitar a crítica desse acontecimento e, em um segundo momento, ponderar os riscos que ele pode trazer ao equilíbrio de forças que deve existir entre os agentes econômicos.

No cenário jurídico contemporâneo – que, de um lado, se apresenta como resultado da adoção de um modelo de Estado mais *regulador* e menos *social* e, de outro, demanda regramentos para novas atividades econômicas e financeiras propiciadas por modernas ferramentas tecnológicas –, parece adequado revisitar teses e doutrinas que colocam o direito como um fenômeno amplo e permitem ao jurista alargar o seu campo de atuação e pesquisa. A quebra do paradigma de que o Estado detém a monopólio da produção normativa parece já ter ocorrido; a admissão dessa quebra pode levar a pesquisa jurídica a maior proximidade com os fatos normativos que têm aflorado, propiciando mecanismos de crítica, seja em relação à sua captura e formalização, seja, ainda, no que se refere ao modelo de montagem e organização da norma.

A admissão da captura e formalização de fatos normativos, feita por agentes diversos do Estado, possibilita que sejam realizadas não só a análise formal da captura, mas, também, a análise material da conduta padrão transformada em norma.

A tese do *direito livre* e a constatação da existência de um direito *vivo*, feitas por Ehrlich, apresentam-se atuais, e sua análise sociológica do direito entrega ferramentas que podem ser utilizadas na percepção contemporânea do fenômeno jurídico, que tem, como pano de fundo, a globalização econômica e a realização em ambientes transnacionais de variadas transações comerciais, cujo regramento é dado em boa medida por normas produzidas de forma híbrida ou sem qualquer participação do Estado.

Sem deixar de ter características científicas, na quadra corrente, avançar sobre campos dominados por normas não estatais, superando os limites do direito dos códigos, apresenta-se, também, como uma possibilidade de recolocação das balizas do terreno do direito, ampliando-o.

Essa abordagem evita que se lance aos domínios exclusivos da política, da sociologia, da antropologia e da economia um grupo de normas setoriais cuja produção não é exclusividade do Estado, embora tenha estreita ligação com o modelo de atuação estatal que privilegia a regulação e não a operação de atividades econômicas e mesmo de serviços sociais.

A marcha de direitos fundados em normatizações jurídicas não estatais avança, também, para a forma como os conflitos devem ser resolvidos, não sendo o Estado-Juiz

detentor do monopólio de compor e julgar conflitos; ao contrário, maneiras alternativas de decisão de litígios vêm sendo estimuladas, tais como conciliações, arbitragens e mediações privadas.

Nesse particular, em um “sentido trivial”,²⁰⁴ o juiz estatal, ao julgar um conflito de interesses, não só descobre, como também *cria a norma jurídica*, que tanto pode ter aplicação exclusiva às partes envolvidas naquela disputa, caso da decisão com efeito *interpars*, quanto poderá afetar a esfera jurídica de pessoas estranhas ao conflito, como ocorre com decisões judiciais com efeitos *erga omnes*.

Uma vez que a decisão que resolve o conflito se torna norma jurídica, a transferência ao particular da possibilidade de *dizer o direito no caso concreto*, como ocorre na arbitragem, traz implícita a afirmação de que o julgador privado produz norma jurídica *in concreto*, quebrando-se, aqui também, o monopólio jurídico estatal.

A tese do *direito livre*, somada ao *pluralismo jurídico* e a elementos colhidos do *direito natural*, permite a relativização do paradigma que impõe como *jurídicas* apenas as normas e decisões provenientes de fontes estatais, o que permite caminhar com segurança na confirmação da existência de *pluralismos jurídicos no campo comercial e no econômico*, cujos casos concretos serão abordados no capítulo IV desta dissertação.

II.c.4) Norma jurídica sem sanção

No capítulo II, título II.b.3, deste trabalho, foi exposta a tese que entende a sanção como elemento constitutivo *essencial* da norma jurídica, a ponto de se afirmar que não há norma jurídica sem sanção ou que, mesmo que haja, será essa regra irrelevante.

Essa tese, porém, não é a única existente sobre como opera a sanção em relação à norma jurídica e se, de fato, ela deve ser considerada um *elemento constitutivo essencial* ou apenas *acidental*.

Aqueles que sustentam que só há norma jurídica quando dotada de sanção, passível de ser imposta coercitivamente pelo poder do Estado, considerarão a sanção como elemento *essencial*; já os que admitem a existência de normas jurídicas destituídas de sanção e mesmo não submetidas ao poder estatal para ganharem eficácia social tenderão a considerar a sanção como elemento meramente *acidental* da norma jurídica.

²⁰⁴ “Num sentido trivial, é inquestionável que os juízes ‘criam novo direito’ toda vez que decidem um caso importante.” Ronald Dworkin. *O império do direito*, trad. Jefferson Luiz Camargo, Martins Fontes, São Paulo, 1999, p. 9.

Assim, é possível relativizar o conceito que define o direito como sendo proveniente do Estado, cuja observância obrigatória pode ser exigida mediante ameaça, ou utilização real da violência oficial.

De fato, não se pode afirmar que a *totalidade* das normas jurídicas, mesmo as estatais, seja de cumprimento obrigatório, havendo no próprio ordenamento jurídico do Estado normas cuja implementação se apresenta como uma faculdade colocada à disposição dos sujeitos de direitos. Basta para confirmar esta afirmação lembrar a divisão que se estabelece entre *direitos disponíveis* e *indisponíveis*. As normas jurídicas que tratam de direitos *disponíveis* deixam a critério do sujeito de direito a opção de exercê-lo ou não, resultando daí a percepção da existência de uma *faculdade*, não havendo obrigatoriedade na prática do ato.

Várias normas jurídicas²⁰⁵ permitem o seu afastamento pela vontade das partes, especialmente aquelas destinadas a reger modalidades contratuais, que vez por outra trazem ao final do seu preceito expressões como “[...] *salvo se o contrário não resultar do contrato*”, ou “[...] *salvo se o contrário não resultar da vontade das partes*”, ou ainda, “[...] *salvo se o contrário não resultar do costume ou das práticas locais* [...]”.

Quando se navega pelas águas dos direitos disponíveis, depara-se com hipóteses de inexistência de sanções a serem aplicadas ao sujeito de direito que deixa de exercê-lo ou que o exerce de forma diversa do modelo legal, que, por vezes, mostra-se apenas como uma sugestão. Como exemplo, tomam-se os casos (1) do herdeiro, que pode aceitar ou renunciar à herança²⁰⁶ e (2) dos contratantes, que podem ratificar ou afastar a aplicação de normas jurídicas não cogentes. Em ambos os casos, não haverá qualquer sanção a ser aplicada.

A característica da *compulsoriedade* nem sempre pode ser extraída da norma jurídica. Não sendo certas normas de cumprimento obrigatório, inexistirá sanção a ser imposta em caso de descumprimento, de onde se conclui que a existência de sanção não pode ser tomada como um sinal próprio e genérico mediante o qual se poderia definir se a norma é jurídica ou não.

Quando se olha para o direito como simples técnica formal de resolução de disputas, em que há um vencedor e um vencido, cabendo a este submeter-se ao interesse daquele, a perspectiva da exigência da sanção como *constitutiva* da norma jurídica faz sentido, já que de nada adiantaria ao Estado decidir a disputa e não ser dotado de

²⁰⁵ Apenas a título de ilustração, citam-se os artigos 233 e 296 do Código Civil brasileiro e artigos 210, 230 e 274 do Código Civil português, que possibilitam o afastamento da aplicação da norma jurídica se for convencionado de forma contrária.

²⁰⁶ Vide artigo 1.700, 1, C, do Código Civil português.

mecanismos próprios para fazer valer a decisão tomada, seja a sentença resultante de um conflito judicializado, seja a lei produzida após a disputa de interesses travada no Parlamento.

No Estado liberal, pode-se ver o direito como esse instrumento de resolução de conflitos de interesses com a sobreposição de um a outro, estabelecendo-se a dicotomia vencedor e vencido.²⁰⁷ Ao derrotado caberá a sorte (ou o azar) de se submeter à pretensão do vencedor. Não se busca, por esse enfoque, a construção de consensos; a opção é pela regra da submissão de um interesse a outro, atuando a *sanção* como meio coator real ou imaginário para fazer prevalecer o que foi decidido, pouco importando os impactos – inclusive econômicos – ou a justiça da decisão.

Se para o Estado mínimo liberal o direito pode ser tido como ferramenta utilizada para arbitrar disputas entre competidores e concorrentes, com o crescimento do Estado do Bem-Estar Social no pós-guerra, o norte do direito, notadamente na Europa ocidental, se ampliou, deixando de ser a norma jurídica apenas um meio de impor uns interesses a outros. O direito passou a ser utilizado também como tela onde se buscou pintar o quadro da reconstrução social, à medida que se formam consensos na sociedade²⁰⁸ que consagram direitos mínimos existenciais e vão aparecer como meios de possibilitarem o acesso de todos a serviços de saúde, educação, previdência e segurança, fornecidos pelo Estado e custeados por toda a sociedade, estabelecendo-se entre os seus integrantes solidariedade social. Não se trata, agora, somente de fazer prevalecer, inclusive por meio da violência do Estado, a vontade de um sobre a do outro.

O setor privado e as pessoas naturais deixam de ser os únicos que devem, individualmente, se submeter ao sistema, cumprindo as normas, sob pena de o Estado impor sanções; passa a sociedade a atuar por intermédio do próprio Estado e, mais adiante, com a utilização de organizações não governamentais na implementação das prestações concretas componentes do mínimo existencial comum, perdendo relevância, para a inclusão da norma no mundo jurídico, o fato de esta conter ou não sanção.²⁰⁹

O direito expande-se ao incorporar *consensos* sociais, com a previsão de prestações concretas necessárias à reestruturação das sociedades no pós-guerra.

A necessidade ou não da existência da *sanção* como elemento constitutivo da norma jurídica está vinculada à ideia da *imposição* como característica da norma jurídica, que, portanto, deve ser *impositiva*.

²⁰⁷ Alberto Alonso Muñoz, *Transformações na Teoria Geral do Direito: argumentação e interpretação do jusnaturalismo ao pós-positivismo*, Quartier Latin, São Paulo, 2008, p. 136/137.

²⁰⁸ Idem, *ibidem*.

²⁰⁹ Idem, *ibidem*.

Ocorre que nem toda norma jurídica funda-se em uma imposição estatal. Isto porque, embora seja um traço da norma estatal a imposição, existem várias outras normas jurídicas que nascem do consenso entre privados, podendo citar-se, como exemplo, as que são fruto do exercício da liberdade contratual e da de contratar. Assim, se, por um lado, é necessário admitir que a norma estatal, regra geral, é dotada de caráter impositivo, por outro, nem toda norma jurídica contém essa característica, não podendo a *imposição* e a *sanção* ser utilizadas individualmente para definir se determinada regra é ou não uma norma jurídica.

Além de ser necessário admitir que nem toda norma jurídica contém uma imposição, importante também é pontuar que o dado da *obligatoriedade* implementada através de uma *sanção* não está sempre presente como característica constitutiva da norma jurídica. Ana Falcão, em artigo que tem como título “O princípio ‘*comply or explain*’ e a ‘*soft law*’”, cita diversos doutrinadores que analisaram as alterações que o direito vem sofrendo, inclusive no que se refere aos seus traços básicos, e afastaram o dado da *obligatoriedade* como pressuposto de identificação da norma jurídica, confirmando a existência de normas jurídicas que não são obrigatórias, nem dotadas de poder sancionador.²¹⁰

Nesse sentido encontra-se Virally, para quem “uma norma não é jurídica porque ela é capaz de impor sanção. Ela sanciona porque ela é jurídica”.²¹¹ Percebe-se nessa afirmação uma inversão de pressupostos, em que a sanção está subordinada à norma jurídica e não o contrário.

Oliveira Ascensão ressalta o fato de que “[...] necessidade e a imperatividade podem ser apontadas como características da ordem jurídica, mas isso porque são próprias de toda a ordem jurídica. Pelo contrário, a estatalidade e a coercibilidade revelam-se com falsas características do Direito”.²¹²

Por sua vez, Castro Mendes entende que a existência de “proteção coativa” para a norma seria uma característica da norma jurídica em sua forma prototípica, mas que tal fato não retira a juridicidade das normas não cobertas por essa proteção; portanto, “[a] presença de um sistema de proteção coativa não é característica essencial da norma

²¹⁰ Ana Sílvia Falcão Mestre Efigénia, “O princípio ‘*comply or explain*’ e a ‘*soft law*’”, in *Revista Electrónica de Direito*, n. 1, fev. 2015, p. 6. Disponível em: <http://www.cije.up.pt/revistared> Acesso em: 8 jan. 2020 às 18:34 h., hora de Brasília.

²¹¹ Michel Virally, *La pensée juridique*, LGDJ, Paris, 1960, p. 77. [Texto original: “une règle n’est pas juridique parce qu’elle est sanctionnée. Elle est sanctionnée parce qu’elle est juridique.”], apud Ana Sílvia Falcão Mestre Efigénia, “O princípio ‘*comply or explain*’ e a ‘*soft law*’”, in *Revista Electrónica de Direito*, n. 1, fev. 2015, p. 6.

²¹² José de Oliveira Ascensão, *O Direito: Introdução e Teoria Geral: uma perspectiva luso-brasileira*, 13. ed., 2011, Coimbra; 11. ed., 2001, Almedina, p. 88.

jurídica – tem-na, não toda e qualquer norma (o que sucederia se se tratasse de uma característica essencial), mas só a norma jurídica na sua forma completa, perfeita, prototípica [...]”.²¹³

Ao abordar exatamente o ponto de vista sobre o tema defendido nesta tese, segundo o qual a sanção não é elemento constitutivo da norma jurídica, está a lição de Molfessis, para quem “a juridicidade não pode subordinar-se à sanção, uma vez que existem regras que, mesmo sem impor sanção, continuam sendo regras jurídicas”.²¹⁴

Portanto, nas palavras de Baptista Machado, “[temos], assim, que a coação ou a coercibilidade não especifica o Direito no plano do ser, não o determina no seu conteúdo e, portanto, não faz parte da sua essência”.²¹⁵

Dessa forma, a primeira conclusão a que se pode chegar ao se analisar a relação existente entre a norma jurídica e os elementos de *imposição, obrigatoriedade e sanção* aponta para o caminho que permite considerar possível a existência de norma jurídica, ainda que ela tenha surgido do *consenso* formado entre particulares ou na sociedade, em relação a determinado tema, podendo o seu cumprimento *não ser obrigatório* e seu preceito *não conter* sanção. Disso resulta a afirmação de que, embora *imposição, obrigatoriedade e sanção* possam ser consideradas elementos da norma jurídica, não guardam a qualidade de *elementos constitutivos essenciais*, pois, como se viu, poderão não instruir a formação de determinada norma jurídica, nem pautar a sua operação junto ao sistema em que atua.

Considera-se possível a existência de regras destinadas a pautar comportamentos que, mesmo carentes de um ou mais dos elementos expostos acima, podem ser tomadas como normas jurídicas, portanto, integrantes do campo do estudo do direito ou da ciência jurídica, como se queira.

Ao abordar o tema por outro ângulo e admitindo-se, apenas para propiciar o debate, a *obrigatoriedade* como elemento constitutivo da norma jurídica, no curso desta tese, em especial no capítulo IV, será demonstrado que existem normas elaboradas em termos abstratos e de produção não estatal, mas que são *obrigatórias* àqueles submetidos aos seus comandos. O elemento da *obrigatoriedade* pode ser encontrado tanto em normas

²¹³ João Castro Mendes, *Introdução ao Estudo do Direito*, Lisboa, edição revista pelo Prof. Miguel Teixeira de Sousa, 1994, p. 62.

²¹⁴ Nicolas Molfessis, “La distinction du normatif et du non-normatif”, *Revue Trimestrielle du Droit Civil – RTD Civ*, n. 729, 1999, p. 734, apud Ana Sílvia Falcão Mestre Efigénia, “O princípio ‘comply or explain’ e a ‘soft law’”, in *Revista Electrónica de Direito*, n. 1, fev. 2015, p. 6. Disponível em: <http://www.cije.up.pt/revistared> Acesso em: 8 jan. 2020 às 18:34 h., hora de Brasília.

²¹⁵ João Baptista Machado, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimado*, Almedina, Coimbra, 1983, p. 33.

derivadas do processo legislativo estatal, quanto nas que tiveram produção privada ou híbrida.

Dessa análise resulta outro questionamento, que poderia ser colocado como impeditivo do reconhecimento da existência de normas jurídicas de produção não estatal, porém de cumprimento obrigatório. Prende-se ele à impossibilidade de determinadas normas não estatais se utilizarem de poder *coercitivo* do Estado como forma de *impor* seu cumprimento forçado. Não estando o setor privado autorizado a utilizar os mesmos meios de força que pode o Estado acionar, esvaziada estaria a obrigatoriedade da norma, uma vez que seu descumprimento não acarretaria consequência alguma. Essa afirmação, entretanto, é apenas parcialmente verdadeira, já que o setor privado poderá dispor de meios outros que não o poder estatal para compelir o cumprimento da norma, devendo-se notar, ainda, que parte da normatividade não estatal nasce do sentimento comum implícito de obrigatoriedade daquela conduta, verificando-se que as normas que a descrevem são dotadas de *eficácia*, já que nascidas do *consenso* formado em torno da necessidade do seu cumprimento.

O pesquisador do direito, quando admite trabalhar o fenômeno jurídico não só sob a ótica do direito positivo do Estado, como, também, além dele, poderá se deparar com normas *jurídicas* cuja produção não resulte de atividade estatal, e sua obrigatoriedade seja retirada não da imposição, mas, sim, do *consenso* interpessoal ou social que torna o cumprimento da norma mero resultado da consciência e do desejo de implementar o conteúdo normativo nela contido.

Surge o que se pode denominar como *normas jurídicas consensuais*, não estando sua observância vinculada à *obrigatoriedade* e à possibilidade de *imposição* estatal mediante ameaça de sanções. Ao contrário, o dado característico do direito formado por essas normas é a adesão *voluntária* daqueles a elas submetidos.

II.c.5) O problema das lacunas

Esta tese admite que o campo do conhecimento e de atuação do direito não se limita ao conjunto normativo positivado pelo Estado, abrangendo conteúdos que emergem de grupos sociais e econômicos organizados, razão pela qual a existência de *lacunas* no direito do Estado não significa, necessariamente, que tenham se verificado *lacunas* no campo de operação do direito, já que este contará com formas próprias de preenchimento das *lacunas*, inclusive com a utilização de normas jurídicas que não provêm do processo legislativo estatal.

Moreira de Paula, ao realizar trabalho monográfico dedicado aos *costumes*, optou por solução similar, declarando ter adotado “[...] a expressão ‘lacuna da lei’ e não ‘lacuna do Direito’, por razão de ordem ontológica: [não entende o citado autor] que o Direito possa ser reduzido à lei, mas somado ao fato e ao valor”.²¹⁶

O mencionado autor entende que a lacuna é da *lei estatal* e aparece quando esta não apresenta solução para determinado fato social que demande uma resposta jurídica. “A lacuna possui um sentido de *vácuo legal; uma não-resposta da lei, diante de uma provocação; um estado de inércia legal*. Por isso, dizemos *lacuna da lei*, pois a omissão é da lei e não do Direito, como ordenamento. Neste caso, o ordenamento pode possuir outras alternativas, como recorrer aos costumes, à analogia, à doutrina, à equidade, à jurisprudência e aos princípios dominantes”.²¹⁷

Note-se que a referência aos costumes, à equidade e aos princípios como integrantes do direito “como ordenamento” implica a admissão de que o campo do direito, ainda que tomado como ordenamento jurídico, não se limita ao direito positivo estatal, transitando por caminhos normativos que não foram traçados pelo Estado, como ocorre com os *costumes*.

A pretensão de que o direito positivo estatal possa conter *todas* as normas jurídicas regedoras de comportamentos sociais e de resolução de conflitos, inclusive nas relações econômicas e mercantis, pode ser posta em debate não só através das teses acima expostas (*direito natural, pluralismo jurídico e direito vivo/livre*), que buscam demonstrar a existência de espaços jurídicos *fora e além* do estatal, como, também, mediante a análise interna do próprio direito do Estado, que revela a existência de lapsos normativos normalmente referidos pela doutrina como *lacunas normativas* ou *lacunas do direito*.

Por certo que, se a afirmação de que o conjunto normativo estatal contém *todo* o direito for tomada como uma verdade absoluta, não se poderia admitir a ocorrência de vácuos normativos que já não tivessem sido ocupados pela legislação do Estado; logo, não se poderia concordar com a existência de lacunas. O conflito lógico se colocaria frente à afirmação de que o direito se encerra nas normas do Estado, porém estas não contêm todas as regras necessárias para reger comportamentos e solucionar conflitos, em especial, os surgidos em razão do exercício de atividades econômicas.

Ocorre, entretanto, que a existência de lacunas já era admitida pela exegese do Código Civil de Napoleão, que, no início do século XIX (1804), buscou limitar ao texto legal os debates jurídicos, remetendo para os estudiosos do direito a tarefa de

²¹⁶ Jonas Luiz Moreira de Paula, *O Costume no Direito*, Bookseller, Campinas/SP, 1997, p. 189.

²¹⁷ Jonas Luiz Moreira de Paula, *O Costume no Direito*, Bookseller, Campinas/SP, 1997, p.193.

comentaristas da lei estatal, cabendo ao juiz ser a sua *boca*. Se uma normatização codificada condensava *todo* o direito relativo a determinado tema, nada havendo fora daquela *lei*, como constatar e sustentar a ocorrência de lacunas?

Ao se deparar com esse conflito, a escola da *exegese*, primeiro, buscou negar a existência de lacunas, afirmando que estas seriam apenas aparentes; depois, criou soluções oriundas do próprio texto normativo estatal, surgindo interpretações construídas com bases na *analogia*.

Iara Menezes Lima²¹⁸ afirma que “[o] ponto nevrálgico da Escola da Exegese reside justamente no problema das lacunas: o que deve o juiz fazer em tais casos? A grande maioria dos comentadores do Código de 1804 admite a utilização da analogia nas hipóteses de lacuna. Entre esses, alguns entendem que o emprego da analogia tem como fundamento a vontade fictícia do legislador, a partir da suposição de que, se o seu pensamento se tivesse voltado para a hipótese não prevista na lei, teria sido a solução encontrada para o caso concreto a que ele logicamente iria querer. Outros acreditam que as lacunas da lei não são mais que aparentes, já que as normas aplicáveis ao caso concreto estão latentes no ‘fundo’ da legislação, e a analogia só vai explicitá-las, captando-as e colocando-as a descoberto”.

Embora tenham sido construídos métodos racionais para suprir as lacunas do direito estatal, seja mediante a analogia, que busca soluções via cotejo de outras normas estatais que tratem de situações fáticas semelhantes, seja, ainda, com a utilização de princípios, que podem ou não ser extraídos do conjunto normativo do Estado, fato é que, antes de se utilizar desses mecanismos de supressão da lacuna, deverá o jurista admitir a sua existência, sendo esta admissão antecedente lógico necessário para que seja iniciado o processo tendente a completar a lacuna.

Cabe observar que, quando o juiz se depara com a necessidade de resolver um litígio posto a seu julgamento sem que exista norma estatal regedora e busca, então, no ordenamento jurídico norma que regre situação próxima, aplicando-a, fazendo, assim, uma analogia, esse método não elimina a lacuna, que continua existente e apenas é suprida pela analogia como forma de resolver o caso em concreto. Sob a ótica genérica e abstrata, a lacuna continuará a existir no conjunto normativo estatal até que nova lei seja editada, dispondo sobre a matéria.

Quando busca o operador do direito uma norma, ainda que dentro do sistema jurídico estatal, para aplicá-la de forma analógica a caso que a princípio não estaria regido

²¹⁸ Iara Menezes Lima, “Escola da Exegese”, in *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v. 97, 2008, Brasil, p.108.

pela norma, implicitamente está admitindo um vácuo normativo, tanto assim que vai buscar preenchê-lo por meio da analogia.

A operação de resolução de determinada lide em concreto com a aplicação da analogia envolve um processo bifásico. Na primeira fase, o operador do direito constata a existência da *lacuna*. Na segunda, busca cobrir o vazio legal estatal via analogia, com a aplicação de norma jurídica existente no sistema que não se destinava, especificamente, a essa hipótese fática, mas a outra semelhante. Pode-se reparar que mesmo sendo a analogia feita a outra norma componente do sistema jurídico estatal, como medida prévia e viabilizadora da utilização da analogia coloca-se a necessária constatação da ausência de norma específica para o caso.

Há, portanto, dois momentos distintos: o da verificação da existência da *lacuna* e o seguinte, relativo ao seu preenchimento.

A integração da lacuna com a aplicação analógica de norma proveniente do próprio sistema jurídico estatal se, de um lado, afirma a existência de espaços normativos vazios no ordenamento do Estado, por outro, pode ser vista como evento confirmador de que bastam as normas estatais para a resolução dos casos não previstos explicitamente, pois se buscou no próprio sistema a solução contida de forma implícita em outras normas nele existentes.

Ocorre que a utilização da analogia não é a única forma de integrar as *lacunas*, podendo o operador do direito utilizar-se, também, dos *princípios*, sejam estes colhidos do sistema e contidos em normas *gerais*, sejam aqueles que transcendem a legislação estatal. Por fim, a solução poderá ser buscada em normas que não fazem parte do sistema jurídico estatal, como as ditadas pelos *costumes*. Neste último caso, não só se terá a constatação do vácuo legislativo estatal, como sua complementação será feita com normas estranhas ao sistema, portanto, produzidas por fontes não estatais.

O *costume*, por sua relevância no direito comercial, será tratado com mais vagar nos títulos II.c.6 e II.c.7, quando será analisado acórdão do Superior Tribunal de Justiça brasileiro, em que o *costume mercantil* teve papel relevante para a solução de caso controvertido.²¹⁹ Aqui, o que se pretende pontuar é que a origem das normas costumeiras pode ser buscada para além das fronteiras traçadas pelo direito legislado pelo Estado.

O manejo da *analogia* normativa, somada aos *princípios* e *costumes*, possibilita ao operador do direito ofertar soluções para casos não previstos na norma estatal, fato que denuncia ser a atividade do jurista e, em especial, a do julgador mais alargada do que a

²¹⁹ Vide título II.J.1 do capítulo II.

simples busca de submissão da hipótese de fato à norma preexistente, atuando através do silogismo. Se assim fosse, ou um dia vier a ser, a inteligência artificial poderá realizar essa tarefa com vantagens sobre os juristas e juízes humanos, mediante a utilização de algoritmos. Porém, como se viu, não basta à solução de todas e quaisquer controvérsias a mera subsunção do caso à norma, pois não há normas estatais que possam atingir todos os casos possíveis, nascendo dessa impossibilidade o problema das *lacunas*.

O direito português prevê expressamente em seu Código Civil a existência de *lacunas* e o modo como devem elas ser integradas, determinando o art. 10º do mencionado diploma legal que deve o intérprete se utilizar da *analogia* ou *criar norma* que se adeque ao “*espírito do sistema*”.²²⁰

O direito brasileiro segue a mesma linha do português: admite, também, a existência de *lacunas* no sistema, não podendo o juiz se negar a resolver o caso ao fundamento da inexistência de lei aplicável. Frente à ausência de norma específica destinada à hipótese concreta, caberá ao julgador estatal empregar a *analogia*, os *princípios gerais do direito* e os *costumes*.²²¹

Os *costumes* podem ser utilizados como forma de preenchimento da lacuna do direito positivo em “países como a Argentina, Suíça, Itália e o Brasil, entre outros, que adotam expressamente os costumes como fonte suplementar do Direito, nos casos de lacunas da lei”.²²²

No direito brasileiro, são os *costumes* reconhecidos pelo sistema estatal como normas *jurídicas*, e podem, também, ser utilizados pelo juiz estatal, em casos de *lacunas*, na solução da lide. Neste sentido, frente ao direito do Estado, atuam os *costumes* como fonte secundária de direito, o que demonstra a existência de normas *jurídicas* fora dos limites estatais expressamente reconhecidas pelo sistema e por este utilizadas na solução de controvérsias nos casos em que se verificam *lacunas* legislativas.

²²⁰ Código Civil de Portugal.

“Artigo 10º

(Integração das lacunas da lei)

1. Os casos que a lei não preveja são regulados segundo a norma aplicável aos casos análogos.
2. Há analogia sempre que no caso omissa procedam as razões justificativas da regulamentação do caso previsto na lei.
3. Na falta de caso análogo, a situação é resolvida segundo a norma que o próprio intérprete criaria, se houvesse de legislar dentro do espírito do sistema.”

²²¹ Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942.

Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro:

“Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”

²²² Jonas Luiz Moreira de Paula, *O Costume no Direito*, Bookseller, Campinas/SP, 1997, p. 167.

Hermann Kantorowicz, ao analisar o problema das *lacunas*, afirma que “[...] há tantas lacunas como palavras”,²²³ sendo certo que “unicamente o direito livre, com a espontaneidade das suas decisões e plasticidade emotiva do seu conteúdo face ao caso concreto, pode integrar as lacunas e, de facto, sempre o fez”.²²⁴

Assim, ao se considerar que o direito estatal, expressamente, admite a existência de *lacunas* em seu sistema, bem como considera a possibilidade de captura de normas jurídicas externas para solucionar conflitos postos à apreciação do juiz, como ocorre com a aceitação dos costumes, é possível traçar duas conclusões: a primeira refere-se à constatação de que o direito estatal não atinge todas as relações humanas nem prevê formas de solução de conflitos para todas as lides; a segunda apresenta-se como espelho da primeira, isto é, se o direito estatal não cobre todas as relações é porque existe um direito não estatal a reger e a reger essas relações não cobertas, sendo o *costume* uma das suas formas de manifestação.

Assim, parece que não se pode tomar como verdade inquestionável a afirmação de que o direito estatal contém *todo* o direito, que remeteria à conclusão de que *apenas* o que está contido no arsenal normativo do Estado é direito. Por meio do problema das *lacunas* pode-se admitir que a legislação estatal não é a única fonte captadora dos *atos sociais*, que podem ser formalizados através de outras vias, inclusive privadas.

II.c.6) Os costumes

Superado o desafio de encontrar suporte teórico para caminhar em terreno próprio do direito, porém que extrapole os limites do direito do Estado, e confirmada como foi essa possibilidade, adentra-se, agora, a regramento que não é derivado da atividade legislativa estatal, mas que, por vezes, acaba por ser a ela incorporado. Trata-se dos *costumes*, tema que ganha especial relevo em sede de direito comercial, quando se veem normas costumeiras regendo certas atividades mercantis.

No título anterior deste capítulo, II.c.5, que tratou do problema das lacunas, já foi abordado um dos atributos dos *costumes*, qual seja: emprestar regras para comporem o sistema estatal normativo quando este apresentar *lacunas*, verificando-se que o preenchimento do vazio legislativo pode ser feito com a utilização dos *costumes*.

Neste capítulo, tentar-se-á demonstrar que os *costumes* podem ser tomados como normas não estatais dotadas de eficácia, que exercem papel mais amplo do que apenas preencher *lacunas* do direito estatal. Aqui se pretende analisar o costume em sua atuação

²²³ Hermann Kantorowicz, *A luta pela ciência do direito*, apud Sílvia Alves, *Justiça e Direito: Textos da História do Pensamento Jurídico*, Quid Juris Sociedade Editora, Lisboa, 2016, p. 92.

²²⁴ Hermann Kantorowicz, *A luta pela ciência do direito*, apud Sílvia Alves, *Justiça e Direito: Textos da História do Pensamento Jurídico*, Quid Juris Sociedade Editora, Lisboa, 2016, p. 92.

como *fonte de direito*, tanto em sua vertente interna, quanto na externa, estando ele inserido nas “[...] fontes de direito internacionais, como [...] o costume internacional [...]”.²²⁵

Utilizam-se, assim, os *costumes* como forma de introduzir normas não estatais no campo do direito e tratá-las como *jurídicas*.

Ao se admitir que as fontes formais do direito podem ter origem estatal ou não, nas primeiras está inserida a *lei* em seu sentido genérico, formulada pelo Estado, que abrange tanto a lei em seu sentido estrito, bem como os decretos, os regulamentos, os tratados e as convenções internacionais e a jurisprudência resultante da atuação dos juízes do Estado, revelada por sentenças, precedentes, ementa de súmulas, prejudgado e *case law*. Em relação às fontes não estatais, também se poderia dividi-las em duas, compondo a primeira o *direito consuetudinário* ou *costume jurídico* e a segunda, o direito extraído dos trabalhos doutrinários e dos pareceres.²²⁶ Há, ainda, “[...] as fontes convencionais, onde o próprio contrato pode ser considerado fonte, mas que aludem propriamente a convenções coletivas de trabalho”.²²⁷

Para além da divisão das fontes formais exposta no parágrafo anterior, pode-se ainda entender o processo de formalização do direito como um mecanismo revelador de suas fontes, que atua como vetor de captura. Ao se ampliar a verificação das fontes ao plano do *pluralismo jurídico*, pode ser considerado o direito como emanado do grupo social e as normas jurídicas como expressões da “[...] maneira como esse grupo entende devam ser estabelecidas as relações sociais”.²²⁸

Em um primeiro momento, pode-se ver o costume “[...] como fonte de Direito, atuando em três dimensões: a pré-legislativa, a complementar e a jurisprudencial”.²²⁹ Em um segundo, como fonte que não se limita a ocupar uma função antecedente ou complementar à lei do Estado; ao contrário, poderá atuar em paralelo ou mesmo em concorrência com esta, como será demonstrado, a seguir, na análise de hipótese concreta.

A doutrina consolidada, como a de Miguel Reale, pontua que “[...] o direito resulta de um complexo de fatores que a Filosofia e a Sociologia estudam, mas se manifesta

²²⁵ Luiz Fernando Coelho, prefácio a obra de Jonatas Luiz Moreira de Paula, *O Costume no Direito*, Bookseller, Campinas/SP, 1997, p. 16.

²²⁶ Luiz Fernando Coelho, prefácio à obra de Jonatas Luiz Moreira de Paula, *O Costume no Direito*, Bookseller, Campinas/SP, 1997, p. 15.

²²⁷ Luiz Fernando Coelho, prefácio à obra de Jonatas Luiz Moreira de Paula, *O Costume no Direito*, Bookseller, Campinas/SP, 1997, p. 15.

²²⁸ Henri Lévy-Bruhl, *Sociologia do Direito*, trad. Antonio de Pádua Danesi, Martins Fontes, São Paulo, 2000, p. 40.

²²⁹ Jonatas Luiz Moreira de Paula, *O Costume no Direito*, Bookseller, Campinas/SP, 1997, p. 55.

como ordenação vigente e eficaz, através de certas formas, diríamos mesmo de certas *fôrmas*, que são o *processo legislativo*, os *usos e costumes jurídicos*, a *atividade jurisdicional* e o *poder negocial*".²³⁰

Os *usos e costumes jurídicos* abordados por Reale, agora ao sentir desta dissertação, não dependem, para sua existência como realidade e para sua eficácia normativa, de chancela expressa do direito estatal, atuando os *costumes*, em especial aqueles observados nas relações mercantis, independentemente de prévio assentimento do Estado. Ao contrário, como acima abordado, sendo o *costume* fonte não estatal do direito, ao ser incorporado a determinada norma do Estado ou utilizado para solver conflito judicial, o ato de incorporação revela um caráter declaratório, não sendo o *costume* constituído pela lei ou pela sentença, que apenas declaram sua preexistência.

Lévy-Bruhl trata do problema do *costume* como fonte do direito e entende não ser exagerado afirmar que o *costume* não é uma entre outras fontes, mas, sim, a única fonte do direito.²³¹

Parece, entretanto, que, se é possível reconhecer o *costume* como *fonte de direito* preexistente à norma estatal que o incorporou, não se afigura esta "fôrma" a única reveladora do direito, até porque a lei estatal pode ser criada, com observação formal do processo legislativo, sem que seu conteúdo reflita um *costume*. Portanto, a lei do Estado tanto pode ter em relação à norma efeito declaratório, como, também, constitutivo. No caso dos costumes, o efeito será declaratório, mas, nos casos em que a lei do Estado não revele *costumes*, poderá, sim, *constituir* um direito novo que não teve, como fontes, *usos* e *costumes* anteriores.

O papel dos *costumes* na formação do direito codificado não parece ser novidade. Paulo Nader afirma que "[todos] os povos, primitivamente, adotaram normas de controle social, geradas pelo consenso popular e as antigas legislações, como a de Hamurabi e as XII Tábuas, foram, em grande parte, compilações dos costumes".²³²

No Direito Romano, segundo Chamoun, o costume já estava presente, revelando-se através das manifestações do povo nos comícios ou pela repetição de condutas, tendo eficácia similar à lei. Pontua esse autor que, durante o Principado, o *costume*, além de criar o direito, poderia, também, "derrogar o existente".²³³

²³⁰ Miguel Reale, *Lições Preliminares de Direito*, Saraiva, 25. ed., 22. tiragem, 2001, p. 130.

²³¹ Henri Lévy-Bruhl, *Sociologie du Droit*, Universitaires de France, Paris, 1971, p. 41.

²³² Paulo Nader, *Introdução ao Estudo do Direito*, 36. ed., Forense, Rio de Janeiro, 2014, Capítulo 15, p. 78.

²³³ Ebert Chamoun, *Instituições de Direito Romano*, 2. ed., Forense, São Paulo, 1954, p. 21, apud Jonatas Luiz Moreira de Paula, *O Costume no Direito*, Bookseller, Campinas/SP, 1997, p.74.

O costume *contra legem*, ainda hoje e em determinados casos específicos, pode dar causa à não aplicação da norma positiva estatal, em razão de sua incompatibilidade com determinado comportamento social tido como aceitável pela sociedade. Indica o *costume contra legem* a perda de eficácia social da norma estatal, cujo cumprimento e aplicação são reiteradamente negados. Nesses casos, poderá o legislador estatal, motivado pela percepção de alteração do comportamento social, alterar a lei, fazendo com que ela se ajuste à conduta tida como adequada pelo *costume*.

A esse tipo de *costume* que permite certa reciclagem do conteúdo normativo estatal Moreira de Paula nomeia como *costume contra legem*, tomando-o “[...] como fonte do Direito, [que possibilita] a reciclagem da lei escrita, adequando-a à nova realidade social, garantindo a legitimidade do Direito”.²³⁴

Na Idade Média, prevalecia o direito consuetudinário, apontando Hermes Lima que se opunham e “[...] lutam legalistas e canonistas, no afã de consagrar a unidade do poder em face dos particularismos locais”.²³⁵

Fábio Ulhoa confirma que uma “particularidade do direito comercial é a importância reservada aos usos e costumes, como padrão para a definição da existência e do alcance de qualquer obrigação entre empresários. Em nenhum outro ramo jurídico, as práticas adotadas pelos próprios sujeitos têm igual relevância”.²³⁶ Ressalta que “a economia dos nossos tempos tem, paulatinamente, prestigiado os usos e costumes internacionais e reduzido os locais”.²³⁷

Entretanto, os costumes, em matéria comercial, sofreram com o processo de positivação do direito. Como já foi dito, o Direito Estatutário Medieval era basicamente consuetudinário, mas, hoje, “[...] não obstante [os costumes] remanescerem como fonte formadora de normas, perderam bastante de sua força, face à predominância da lei”.²³⁸

239

Na abordagem ao problema da eventual não eficácia de leis estatais descoladas dos costumes sociais, Savigny, ao criticar o que ele considerou um prematuro processo de codificação da legislação alemã no início do século XIX, bem observa a possibilidade

²³⁴ Jonatas Luiz Moreira de Paula, *O Costume no Direito*, Bookseller, Campinas/SP, 1997, p.174.

²³⁵ Hermes Lima, *Introdução à Sciencia do Direito*, 3. ed., Cia. Editora Nacional, São Paulo, 1937, p. 158.

²³⁶ Fábio Ulhoa Coelho, *Curso de Direito Comercial: direito de empresa*, v. 1, 16. ed., Saraiva, 2012, p. 112.

²³⁷ Fábio Ulhoa Coelho, *Curso de Direito Comercial: direito de empresa*, v. 1, 16. ed., Saraiva, 2012, p. 112.

²³⁸ Bulgarelli, *Direito Comercial*, 6. ed, Atlas, São Paulo, 1988, p. 75, apud Jonatas Luiz Moreira de Paula, *O Costume no Direito*, Bookseller, Campinas/SP, 1997, p. 258.

²³⁹ Jonatas Luiz Moreira de Paula, *O Costume no Direito*, Bookseller, Campinas/SP, 1997, p. 258.

de existirem leis formalmente vigentes, porém sem grande repercussão no tecido social. Ao comentar essa posição de Savigny, Miguel Reale afirma: “Savigny, portanto, manifesta-se contra um plano prematuro de codificação, invocando contra a lei abstrata e racional a força viva dos costumes, tradução imediata e genuína do que denominava ‘espírito do povo’, pois temia que a precipitação codificadora gerasse leis dotadas de *vigência*, de validade técnico-formal, mas destituídas de *eficácia* ou de efetiva existência como comportamento, como conduta”.²⁴⁰

Fato é que o direito codificado, que incorporou vários *costumes*, tornando-os parte do sistema jurídico estatal, não foi capaz de abranger todas as normas *consuetudinárias*, permanecendo estas em um plano diverso do estatal, com o qual mantêm intensa relação e zonas de interseções.

Convém pontuar qual *costume* pode ser tomado como *fonte de direito* não estatal, não sendo *qualquer* prática elevada ao *status* de *costume* com conotação jurídica. Para que o costume seja admitido ao campo do direito, ainda que não estatal, deve ser possível identificar-se nele dois elementos concorrentes. O primeiro refere-se à constância e à repetição da prática, e o segundo, à crença de que o comportamento ditado pelo *costume* apresenta-se como obrigatório.

Assim, a formação do *costume* assenta-se “em dois elementos necessários: o uso continuado [*consuetudo* – *elemento externo*] e a convicção jurídica [*opinio juris et necessitatis*], ou melhor, a convicção de obrigatoriedade [*elemento interno*]”.²⁴¹

A prática reiterada demonstra o *costume*, e a *opinio juris* pode ser tomada como a convicção de obrigatoriedade da norma costumeira. São, portanto, elementos constitutivos e características encontradas na norma costumeira o seu *uso repetitivo* e a *convicção de sua obrigatoriedade*. O dado “[...] objetivo, de natureza externa, o *uso*, consistente na prática uniforme e reiterada de certos atos; outro, subjetivo e interno, a convicção jurídica (*opinio juris necessitate*), a certeza da imprescindibilidade da norma. Da reunião de ambos decorre sua obrigatoriedade”.²⁴²

No direito comercial brasileiro, ainda no período imperial,²⁴³ o Decreto nº 738, de 1850, reconhecia de forma expressa o *costume* comercial como fonte normativa,

²⁴⁰ Miguel Reale, *Filosofia do Direito*, 19. ed., 1999, 3. tiragem, 2002, Saraiva, São Paulo, p. 423.

²⁴¹ Maria Helena Diniz, *As lacunas no Direito*, 6. ed., Saraiva, São Paulo, 2000, p. 188.

²⁴² Washington de Barros Monteiro, *Curso de Direito Civil*, Parte Geral, 12. ed., Saraiva, São Paulo, 1973, p. 18.

²⁴³ Segundo Reinado.

determinando aos Tribunais do Comércio o conhecimento das práticas mercantis que poderiam ser buscadas junto aos comerciantes e corretores notáveis.

O art. 24 do citado decreto firmava:²⁴⁴

“Art. 24. Os Tribunaes do Commercio são obrigados a empregar os meios convenientes a fim de obterem hum conhecimento exacto das praticas e usos commerciaes admittidos nas Praças, portos e mais lugares de commercio do seu districto, em todos os casos mandados guardar peloCodigo Commercial: ouvindo os corretores e commerciantes mais notaveis, não só das mesmas Praças, portos e lugares, mas até os da Praça da Capital da Provincia, e procedendo ás mais averiguações que julgarem convenientes.

Nas Praças, portos e mais lugares do commercio das Provincias onde não houver Tribunal do Commercio, será a referida diligencia praticada pelo Tribunal do Commercio da Capital do Imperio.”

Para serem admitidos como realidade jurídica normativa protegida pelo direito positivo do Império, os *costumes* deveriam observar não só a boa-fé, como também não colidir com as normas estatais, sobrepondo-se estas àqueles, fato que indica a não aceitação pelo Estado Imperial brasileiro de *costumes contra legem*.

O art. 25 do mesmo Decreto Imperial regulava esse tema da seguinte forma:

“Art. 25. Só podem ser admittidas como usos mandados guardar peloCodigo Commercial, as praticas commerciaes a favor das quaes concorrerem copulativamente os dous seguintes requisitos essenciaes: 1º serem conformes aos sãos principios da boa fé e máximas commerciaes, e geralmente praticadas entre os commerciantes do lugar onde se acharem estabelecidas: 2º não serem contrarias a alguma disposição doCodigo Commercial, ou Lei depois delle publicada.”

O art. 26 do mesmo Decreto Imperial é exemplo demonstrativo de que o *costume* antecede a normatização estatal, confirmando o seu ingresso no direito do Estado com efeito *declaratório*. “Assim, a norma emergente do costume, ao qual a lei faz remissão, não surge ‘secundum’, ou por causa da lei; ela já está viva no próprio costume, e é perfeitamente reconhecida pelo governo.”²⁴⁵

²⁴⁴ Nas transcrições dos trechos da legislação, optou-se por manter a grafia da época, tal como a norma foi publicada.

²⁴⁵ Manso, *O Costume Jurídico*, Revista dos Tribunais, v. 522, 1979, p. 23, apud Jonas Luiz Moreira de Paula, *O Costume no Direito*, Bookseller, Campinas/SP, 1997, p.165.

Através da relação que se estabelece entre o *costume* e a lei do Estado é possível inferir que o *costume* é norma jurídica não escrita pelo Estado, enquanto a Lei estatal que o captura, quando legítima e eficaz, é *costume* jurídico positivado pelo Estado.

A mecânica de captura da norma contida no *costume* pelo direito do Império brasileiro envolvia a submissão dos usos comerciais às observações dos comerciantes, após o que se transformavam em regras gerais.

“Art. 26. Logo que hum Tribunal tiver colligido os usos commerciaes do seu districto, os fará publicar por hum ou mais jornaes do lugar da sua residencia, convidando as pessoas do commercio para que fação sobre elles as observações que se lhes offerecerem, dentro do prazo de seis mezes: e terminado este, declarará por verdadeiros usos commerciaes aquelles a favor dos quaes concorrerem os dous requisitos essenciaes prescriptos no Artigo antecedente, formulando-os em regras geraes (Art. 11).

Depois da primeira declaração, nenhum uso commercial será admittido em Juizo, se, além de reunir os dous sobreditos requisitos essenciaes, não for tão antigo que exceda o tempo de cincoenta annos.”

Observa-se, no direito do período imperial brasileiro, a clara admissão do *costume* como *fonte normativa*, bem como a utilização de método próprio para sua captura pelo direito do Estado.

Também é possível extrair do direito estatal vigente no Brasil casos que apontam os *costumes* como fonte de direito, como se vê da leitura do artigo 7º do Código de Defesa do Consumidor²⁴⁶ e do artigo 376 do Código de Processo Civil.²⁴⁷

Os exemplos trazidos do direito estatal brasileiro atual e do vigente durante o Segundo Império parecem relevantes na medida em que demonstram o efeito *declaratório* resultante do ingresso da norma costumeira no direito oficial do Estado.

Nesta linha, seria possível extrair uma consideração geral em relação às normas costumeiras, que confirma a antecedência normativa do *costume*: “[...] não é a lei que dá ao costume uma força revestida de obrigatoriedade, isto é, não é a lei que transforma a

²⁴⁶ Art. 7º do Código de Defesa do Consumidor, Lei brasileira nº 8.078/90. “Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.

²⁴⁷ Art. 337 do CPC de 1973, Lei nº 5.869/73, revogado pelo CPC de 2015, que manteve a mesma redação do dispositivo legal no artigo 376: “A parte que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o determinar o juiz.”

norma contida no costume em um mandamento autorizante. Ela já o é, desde que o grupo quis assim, uma norma jurídica, por seus próprios efeitos jurídicos”.²⁴⁸

Ressalte-se que, em Portugal, o Código Civil vigente aponta, em seu artigo 1º,²⁴⁹ somente a *lei* e as *normas corporativas* como fontes *imediatas* do direito, não reconhecendo esse dispositivo legal o *costume*, possibilitando, entretanto, a utilização dos *usos* quando a lei determinar, desde que não sejam contrários aos princípios da boa-fé, como se vê da redação do artigo 3º.²⁵⁰ Segundo Moreira de Paula, “[...] o costume no Direito Civil Português exerce função meramente interpretativa ou integrante da vontade das partes contratantes”.²⁵¹

Quando posto em relação com o direito estatal, o *costume* pode assumir os papéis de: *fonte de direito pré-legal*, isto é, existente antes da lei estatal que venha a incluí-lo no direito positivo; *fonte suplementar*, quando atua como forma de preencher as lacunas do direito positivo para a solução do caso em concreto; *fonte interpretativa*, ao auxiliar na interpretação da norma legal estatal; *fonte revogadora*, quando contrário à norma jurídica estatal, ao demonstrar a falta de eficácia desta perante determinado grupo social, impulsionando a alteração do quadro legal, e *fonte inovadora plural*, ao atuar em paralelo ao direito do Estado, sendo fonte de direito independente das normas estatais.

A percepção do *costume* como *fonte de direito pré-legal* pode ser vista na lição de Soler, ao afirmar este que “[en] la costumbre se condensam las opiniones jurídicas del Pueblo consciente de sus necesidades en concordancia con su estado social y económico, y en Ella encuentra el legislador uno índice de las aspiraciones que puede convertir en leyes”.²⁵²

Assim, o legislador estatal pode capturar o *costume* aceito e praticado pela sociedade, incorporando esse consenso normativo à legislação do Estado; daí porque, sob essa ótica de análise, o *costume* tem função *pré-legislativa*.

Miguel Reale, ao expor sua teoria tridimensional do direito, aponta que a *prescrição* – ou *ato decisório* – não resulta de uma atividade exclusiva do legislador ou do juiz estatal, reconhecendo que esta pode resultar tanto da autonomia da vontade,

²⁴⁸ Manso, “O Costume Jurídico”, *Revista dos Tribunais*, v. 522, 1979, p. 23, apud Jonas Luiz Moreira de Paula, *O Costume no Direito*, Bookseller, Campinas/SP, 1997, p. 166.

²⁴⁹ DL nº 47.344/66, de 25 de novembro, 77ª versão, Lei nº 13/2019, de 12/02: “Artigo 1º (Fontes imediatas) 1. São fontes imediatas do direito as leis e as normas corporativas.”

²⁵⁰ DL nº 47.344/66, de 25 de novembro, 77ª versão, Lei nº 13/2019, de 12/02: “Artigo 3º (Valor jurídico dos usos) 1. Os usos que não forem contrários aos princípios da boa-fé são juridicamente atendíveis quando a lei o determine.

²⁵¹ Jonas Luiz Moreira de Paula, *O Costume no Direito*, Bookseller, Campinas/SP, 1997, p. 253.

²⁵² Soler, *Derecho Civil Español*, t.1, Bosch, Barcelona, 1955, p. 45, apud Jonas Luiz Moreira de Paula, *O Costume no Direito*, Bookseller, Campinas/SP, 1997, p. 250.

quanto de *opções costumeiras*. Essa observação foi feita por Moreira de Paula, ao afirmar que “[...] o conceito de Direito deixou o campo normativo, para alcançar outras áreas. Abraçou o fato social e é temperado pelo valor. Resultam da tridimensionalidade os *modelos jurídicos* que, segundo Reale: ‘[...] se estruturam como integração de *fatos e valores* segundo *normas* postas em virtude de um ato concomitante de *escolha* e de *prescrição* (*ato decisório*) que pode ser tanto do legislador ou do juiz, como resultar das opções costumeiras, ou de estipulações fundadas na autonomia da vontade’”.²⁵³

Feita a exposição acima sobre os *costumes*, convém demonstrar sua atuação dentro do sistema legal e judicial estatal. Para isto, será utilizada decisão proferida pela mais alta Corte do Brasil para questões não constitucionais, o Superior Tribunal de Justiça, que se ocupou precisamente deste tema.

II.c.7) Utilização dos costumes pelo juiz estatal

Interessante verificar que, em sede de direito comercial, o *costume* ocupa local de relevo entre as fontes normativas, sendo até mesmo utilizado como *norma* de regência para o julgamento de determinados conflitos, não só pelos árbitros privados, como também pelos juízes estatais.

O *costume* comercial pode, inclusive, em situações específicas, não só atuar como fonte complementar ou subsidiária, como também ser reconhecido como origem normativa para a tomada da decisão, afastando a norma estatal.

Precedente relevante e relativamente recente, de 2009, sobre esse tema pode ser colhido de acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, do qual foi relatora a ministra Nancy Andrighi.²⁵⁴

Na hipótese versada no acórdão, determinada empresa de transporte rodoviário foi contratada para transportar carga agrícola, em 2002/2003; entretanto, o contratante se recusou a arcar com as despesas de sobrestadias pagas aos motoristas, em razão de ter excedido o tempo normal de permanência no porto de destino para a descarga da carga.

Segundo afirma o acórdão, sustentou o transportador ser do *costume* comercial repassar essas despesas ao dono da carga,²⁵⁵ mas que, no caso, este se recusara a pagá-las.

²⁵³ Jonas Luiz Moreira de Paula, *O Costume no Direito*, Bookseller, Campinas/SP, 1997, p. 222.

²⁵⁴ Recurso Especial nº 877.074 – RJ (2006/0175650-4), julgado em Brasília (DF) no dia 12 de maio de 2009.

²⁵⁵ Fls. 2 do processo do REsp. nº 877.074 – RJ (2006/0175650-4), no qual foi proferido o acórdão do STJ.

No curso do processo, o transportador contratado requereu, ao juiz de primeiro grau, que fossem ouvidas em audiência testemunhas que poderiam provar ser esse o *costume* comercial, isto é, as despesas de sobrestadia serem suportadas pelo dono da carga.

O juiz de primeira instância indeferiu o requerimento, entendendo que o fato deveria ser provado mediante prova documental, mas, em sua decisão, ainda que implicitamente, admitiu a utilização do *costume* como fonte de direito, afirmando:

“A autora pretende fazer prova testemunhal dos fatos alegados. Como se vê, tal prova é imprestável para a controvérsia resumida. As questões de prova a serem esclarecidas deveriam sê-lo através de prova documental, comprovando os débitos e a prática comercial afirmada e prova pericial para comprovar, se fosse o caso, eventual diferença não paga” (fls. 664/665).²⁵⁶

Como sem a oitiva das testemunhas o transportador não teve sucesso em fazer a prova da existência do *costume* comercial, seu pedido de repasse dos custos da sobrestadia para o contratante do transporte foi julgado improcedente. Inconformado, recorreu ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que decidiu anular o processo desde a audiência de conciliação, reconhecendo que a oitiva de testemunhas seria meio hábil para provar o *costume* comercial, afirmando ter ocorrido cerceamento de defesa.

Ficou assim a decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro na parte que interessa a esta dissertação:

*“Comercial. Frete rodoviário. Sobrestadia. Prova dos usos e costumes mercantis. Testemunhas. Ônus do autor de demonstrar o direito costumeiro.”*²⁵⁷ *Incidência do artigo 337 do CPC. Protesto por prova testemunhal indeferido. Cerceamento de defesa. Anulação do processo desde a audiência de conciliação. Agravo retido provido. Prejudicadas as apelações”* (fls. 819).²⁵⁸

“[...] os depoimentos testemunhais, dentro deste contexto, são imprescindíveis para o esclarecimento do costume mercantil” (fls. 823).²⁵⁹

Em razão da anulação do processo desde a audiência de conciliação, restou sem efeito a sentença proferida pelo juiz de primeiro grau, que havia negado ao transportador

²⁵⁶ Remissão às páginas do processo nº 877.074 – RJ (2006/0175650-4), no qual foi proferido o acórdão do STJ.

²⁵⁷ O negrito é nosso.

²⁵⁸ Refere-se à folha do processo do REsp. nº 877.074 – RJ (2006/0175650-4) no qual foi proferido o acórdão do STJ.

²⁵⁹ Refere-se à folha do processo do REsp. nº 877.074 – RJ (2006/0175650-4) no qual foi proferido o acórdão do STJ.

o direito de receber do dono da carga os valores pagos a título de sobrestadia. Com o propósito de manter a validade da sentença que lhe fora favorável, o contratante do transporte recorreu, então, ao Superior Tribunal de Justiça do Brasil.

Ao chegar o caso ao Superior Tribunal de Justiça, a ministra relatora identificou que o primeiro ponto importante da controvérsia residia na possibilidade ou necessidade de os portos brasileiros incorporarem, por meio da inscrição em seus assentamentos, os *costumes* comerciais praticados em suas atividades, tornando-os fonte normativa regedora das relações comerciais e, mesmo, da solução dos conflitos. Lançados nos assentamentos do porto, bastaria à parte, para fazer prova da existência do *costume*, que obtivesse junto ao porto uma certidão ou declaração atestando a existência e o reconhecimento do *costume* mercantil relativo a atribuir o ônus das despesas de sobrestadia dos motoristas ao contratante do serviço de transporte de carga. Desde que prevalecesse a necessidade da inscrição do *costume* nos assentamentos do porto, não caberia prova testemunhal do fato, que poderia ser provado pela via documental.

Esse primeiro ponto chama a atenção pelo fato de colocar a inscrição do *costume* mercantil como ato *constitutivo* da fonte de direito, privilegiando uma visão positivista das fontes, que demandaria sempre uma chancela estatal.

Afirma a decisão em análise que o recorrente contratante sustentou não terem os “[...] *portos nacionais, em seus regulamentos internos, incorpor[ado] e/ou formali[zado] suposto costume de o contratante pagar pela sobrestadia independentemente de sua culpa e/ou dolo*” (fls. 851).

Ao perceber que a validade do argumento do recorrente contratante passava pela existência ou não de um “procedimento de registro” dos *costumes* mercantis, o voto da ministra Nancy Andrighi seguiu afirmando que “[a]tualmente, a Lei nº 8.934/94 atribui competência às Juntas Comerciais (que são parte fundamental do Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins, ao lado do Departamento Nacional de Registro do Comércio – DNRC) para *proceder ao assentamento dos usos e práticas mercantis*, nos termos de seu art. 8º, VI”, passando a ministra, no referido voto, a fazer um passeio histórico sobre a legislação estatal brasileira relativa ao tema.

Em sua narrativa histórico-legislativa, percebe-se com clareza o grau jurídico-normativo atribuído pelo Estado ao *costume* como fonte de direito. Começa a ministra com o resgate de norma do período imperial, qual seja, o Regulamento 737, que data de 1850. Verifica que já essa legislação reconhecia o *costume* comercial como fonte de direito, dedicando uma Seção para tratar exatamente das *provas dos usos e costumes comerciais*, ressaltando os artigos 218 a 222, que merecem transcrição e análise:

“Art.218. Nos casos que, conforme o Código (arts. 154, 169, 176, 186, 201, 291 e outros), são regulados pelos usos commerciaes das Praças do Brazil, devem esses usos ser provados ou por assento do Tribunal do Commercio, tomado conforme o respectivo regimento ou em falta de assento por um attestado do mesmo Tribunal sobre informação da Praça.

Art. 219. Quando sobre o uso allegado houver assento do Tribunal, a certidão respectiva basta para prova-lo, e contra elle é inadmissivel qualquer contestação que não seja sobre a identidade do caso: contra o attestado é admissivel qualquer prova.

Art. 220. Não se considera como uso commercial o costume que houver em alguma Provincia em que não há Praça de Commercio, e neste caso regerão os usos da Praça vizinha.

Art. 221. Nos casos que o Código manda que sejam regulados pelo costume geral (art. 234 e outros), será este provado por qualquer genero de prova.

Art. 222. O Juiz ou Tribunal que julgarem provado algum uso commercial, remetterão cópia da sentença ou decisão ao Tribunal do Commercio.

(sic) retirado de
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Historicos/DIM/DIM737.htm,
 acesso em 25.03.2009.”²⁶⁰

Embora a ministra Nancy Andrichi alerte, no seu voto, que o fato de o art.221 se utilizar da expressão *costume geral* não implicava reconhecer o *costume* como fonte de direito, mencionado dispositivo legal aponta para a existência de casos em que a própria lei estatal da época remetia aos *costumes* o fornecimento de regras jurídicas regentes da matéria, ainda que integradoras ou esclarecedoras de determinada cláusula contratual.

A análise dos transcritos arts. 218 e 219 revela não só a existência de *usos e costumes* mercantis regulando as atividades do comércio brasileiro, isto no séc. XIX, como também a validade *iures et iures* de sua inscrição no Tribunal do Comércio e a existência de uma presunção *iuris tantum* em relação ao “attestado”, já que podia ser desconstituído mediante a utilização de qualquer prova.

Por fim, o art. 222 determinava ao julgador estatal, após reconhecer a existência de determinado *costume* mercantil, remeter cópia da decisão ao Tribunal do Comércio. Fica claro, pela análise desse dispositivo legal em específico, que a decisão de reconhecimento do *costume* constituía a regra sob a ótica formal, porém, de outro lado, reconhecia a sua prévia existência, comprovando que essa fonte normativa não estatal

²⁶⁰ Transcrição da Lei citada no acórdão do STJ proferido no REsp. nº 877.074 – RJ (2006/0175650-4).

pode prescindir, quanto à sua formação, de atividade legislativa estatal, surgindo das próprias práticas comerciais.

Seguem os fundamentos do acórdão citando o Código de Processo Civil brasileiro de 1939,²⁶¹ que continha um capítulo destinado à prova dos *usos e costumes* e manteve a tradição de determinar que a sentença que o reconhecesse fosse comunicada para arquivo e registro à repartição competente do Estado, para, depois, reconhecer a existência de um *direito consuetudinário*, portanto, de origem não estatal.

Ao analisar a doutrina sobre o tema, resgata o acórdão os ensinamentos de J. X. Carvalho de Mendonça, afirmando que este já mencionava que “*se os usos comerciais constam de assentos e o juiz os conhece, tem a obrigação de aplicá-los, ainda quando não invocados pelos litigantes*” (‘Tratado de direito comercial brasileiro’. Campinas: Ed. Russel, 1ª edição, v.1, 2006, p. 210”).

Dessa passagem doutrinária percebe-se uma clara vinculação da obrigação de aplicação dos *costumes* comerciais pelo juiz estatal, independentemente de alegados pelas partes, à prévia inscrição nos assentamentos do Estado, o que poderia dar a entender que esse assentamento teria, de um lado, caráter constitutivo do direito costumeiro e, de outro, o integraria ao direito estatal.

Entretanto, a decisão comentada transcreve outra passagem, dizendo que “[c]ontinua o mesmo autor, porém, esclarecendo que ‘se (...) os usos não se acham assentados, o juiz não tem o poder de aplicá-los ao caso concreto, sem que os litigantes os aleguem e provem na forma da lei. Os usos, neste caso, são fatos incertos; falta-lhes a homologação oficial. Tanto mais necessária é a prova, quanto é certo que os juízes das causas comerciais não são especialistas, mas formados em direito, e na quase unanimidade ignorantes da vida mercantil’”.

Verifica-se que, na visão desse autor citado pelo acórdão, o fato de determinado *costume* mercantil não constar dos assentamentos estatais não implica afirmar a sua inexistência, mas, apenas, que sua aplicação não será feita de forma automática pelo juiz estatal, mas, sim, dependerá de alegação da parte e da prova de sua existência. Uma vez alegado e provado, será aplicado como norma de regência e resolução do caso em concreto.

Neste ponto, verifica-se que o *costume* se constitui independentemente do direito estatal, sendo sua fonte as reiteradas práticas comerciais já assimiladas pelos comerciantes como regras de regência de determinada conduta, razão pela qual seu

²⁶¹ Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939.

reconhecimento pelo Estado não constituirá a norma, mas apenas declarará a sua preexistência com a incorporação da mesma ao direito do Estado.

Embora o acórdão inicialmente não decline ou analise o caráter constitutivo ou declaratório da inscrição do *costume comercial* nos assentamentos estatais, admite que a sua existência é anterior à atuação do Estado, entendendo ser “evidente que nem todo costume comercial existente estará assentado antes que surja uma oportunidade para que seja invocado em juízo, pois o uso necessariamente nasce na prática comercial e depois se populariza nas praças comerciais, até chegar ao ponto de merecer registro pela Junta Comercial”.²⁶²

Posteriormente, deixa claro que o *costume comercial* não necessita ser previamente “oficializado” para ser depois obedecido, aderindo assim, ainda que implicitamente, ao caráter declaratório do reconhecimento estatal.

Por ser relevante para o tema desta tese, que busca demonstrar a existência de pluralismos jurídicos na seara do direito econômico e comercial, transcreve-se a seguinte passagem da decisão:

“A tese defendida pela recorrente, na verdade, simplifica demasiadamente a questão, pois, ao exigir-se sempre a existência do assentamento – e, conseqüentemente, de prova documental – como condição para defesa de direitos com base no uso mercantil, ignora o lento processo de desenvolvimento social da norma consuetudinária que é a ela inerente – como se o costume devesse ser primeiro oficializado, para depois ser obedecido.

Nesse sentido é bem clara a lição de Waldemar Ferreira, segundo o qual as Juntas Comerciais, no ofício relativo ao assentamento, ‘Não criam normas jurídicas. Simplesmente as revelam. Nascem elas e entram a executar-se. Ao depois elas [as Juntas] as recolhem e assentam. Por via de seus assentos é que elas se comprovam em juízo. Quando não registradas, provam-se por atestados de comerciantes. Ou por outros meios probatórios, como o testemunhal’ (‘Tratado de direito comercial’. São Paulo: Saraiva, 1960, v. 1, p. 435 – sem grifos no original).”²⁶³

Fica clara a tese sustentada pelo acórdão no sentido da preexistência à atuação estatal da norma *costumeira*, tanto assim que pode ela ser comprovada em juízo por meios diversos da certidão do seu assentamento nos registros comerciais, como depoimento de comerciantes conceituados e conhecedores das práticas mercantis. Neste sentido, diz o

²⁶² Página 9 do acórdão do STJ proferido no REsp. nº 877.074 – RJ (2006/0175650-4)

²⁶³ Página 9/10 do acórdão STJ proferido no REsp. nº 877.074 – RJ (2006/0175650-4).

acórdão, apoiando-se nas lições de Waldemar Ferreira, que o *costume* “[...] é a *norma jurídica* oriunda dos atos e fatos comerciais reiteradamente praticados”.

Embora a decisão encare o *costume* como fonte supletiva do direito estatal, revela uma declaração estatal, produzida pelo Estado-Juiz no corpo de decisão aplicativa do direito a caso em concreto, o acórdão agora analisado, que atribuiu o adjetivo *jurídico* à norma costumeira, reconhecendo que não foi ela produzida pelo Estado, mesmo assim compõe a ordem *jurídica* e pode ser utilizada como fonte normativa para a solução da disputa, não havendo diferença entre a adequação do fato à norma de “origem legislativa ou consuetudinária”.²⁶⁴

Há, portanto, na visão do acórdão, tanto normas *jurídicas* que se originaram da atividade legislativa do Estado, quanto as de origem não estatal, na hipótese, as resultantes das práticas e *costumes* mercantis.

Após admitir essas duas categorias de normas *jurídicas*, o acórdão avança para tema de interesse contemporâneo e que diz respeito à compatibilização dessas duas ordens normativas, quando se verificarem conflitos entre os preceitos contidos nas normas estatais e não estatais.²⁶⁵

Na resolução desses conflitos, utiliza-se da classificação das normas estatais em (i) *imperativas* ou *de ordem pública* e aquelas (ii) *supletivas*, entendendo que as normas estatais imperativas preferem as costumeiras, porém, no caso das supletivas, a preferência se inverte, devendo ser privilegiada a vontade das partes na adoção de determinado *costume* mercantil. Para dar suporte a essa afirmação, apoia-se o acórdão nas lições de Rubens Requião, citando o seguinte trecho de sua doutrina:

“Rubens Requião, por exemplo (ob. cit., p. 30), considera que tal assertiva ‘deve ser tomada (...) em termos, pois na lei comercial há que se distinguir as normas de ordem pública das normas simplesmente supletivas da vontade das partes. É óbvio que, não sendo a regra legal imperativa, de ordem pública, pode ser substituída por um uso a que as partes dêem intencionalmente preferência. Verificando que a intenção das partes, pela natureza do negócio e suas condições, foi a de adotar, embora implicitamente, determinado uso comercial, o julgador deve aplicá-lo sobrepondo-o à norma legal não-imperativa’.”

Nesse contexto, não havendo norma estatal imperativa, prevaleceria o *costume*, podendo prevalecer este também quando estiver atuando como norma de aplicação

²⁶⁴ Página 12 do acórdão do STJ proferido no REsp. nº 877.074 – RJ (2006/0175650-4).

²⁶⁵ Página 12/13 do acórdão do STJ proferido no REsp. nº 877.074 – RJ (2006/0175650-4)

subsidiária em concorrência com outra norma subsidiária estatal. O caso típico de concorrência de fontes ditas subsidiárias ao direito comercial pode ocorrer entre o *costume* e determinado dispositivo genérico da lei civil, resolvendo-se a antinomia a favor do *costume*, esclarecendo o acórdão ser da tradição italiana e de outros países a prevalência deste sobre o direito comum na matéria comercial.²⁶⁶

Embora afirme que a legislação brasileira do início do séc. XX, com a sanção do Código Civil de 1916, tenha concedido prevalência à lei civil, essa alternativa era considerada equivocada “[tanto] que Carvalho de Mendonça qualificava de ‘indefensável’ a opção legislativa brasileira (ob. cit., p. 195 e ss.), acabando por defender expressamente que ‘os usos comerciais, não obstante, podem ser contrários às leis civis, desde que estas não sejam por Lei comercial expressamente aplicáveis à matéria mercantil. As leis civis não bastam para a tutela dos interesses comerciais; os usos suprem essa deficiência e evitam o conflito entre tais leis e as exigências da vida contratual’ (p. 201). No mesmo sentido, Bento de Faria (ob. cit., p. 128), segundo o qual ‘as normas civis pouco adequadas à satisfação das exigências do comércio não podem prevalecer sobre os usos mercantis que se formaram justamente para completar a norma comercial codificada’.”²⁶⁷

Não se pode, portanto, afirmar que qualquer dispositivo de lei estatal prevalece sobre a norma *costumeira*, na medida em que, sendo esta especializada, poderá sobrepor-se à norma estatal genérica e reger com maior afinação determinadas relações mercantis.

O interesse que desperta o acórdão comentado para esta dissertação, que analisa a pluralidade jurídica em sede econômica e comercial, centra-se no fato de ter um órgão julgador estatal relativizado a aplicação do direito do Estado frente aos *costumes* comerciais e, a partir desse questionamento, ter inserido as normas costumeiras no campo do direito para dar a elas tratamento *jurídico*, tanto em relação à sua técnica de aplicação, quanto aos critérios de resolução de conflitos normativos, reconhecendo, ainda, que, em determinadas hipóteses, a qualidade normativa dos *costumes* pode melhor reger determinada atividade comercial e mesmo prevalecer frente às normas estatais como fonte de resolução do conflito de interesse.

II.d) Conclusão da parte teórica:

A presente dissertação, após definir em sua introdução o objeto da pesquisa realizada, bem como indicar alterações na forma de se produzir a norma jurídica, especialmente na conjuntura atual, notadamente na seara da regulação econômica e

²⁶⁶ Página 14 do acórdão do STJ proferido no REsp. nº 877.074 – RJ (2006/0175650-4)

²⁶⁷ Página 14 do acórdão do STJ proferido no REsp. nº 877.074 – RJ (2006/0175650-4).

comercial, traçou como meta, para a parte teórica do trabalho, verificar a existência de suporte acadêmico que possibilitasse a sustentação da existência de *pluralismos jurídicos* em geral e, em especial, *nas áreas econômicas e comerciais*. A necessidade de fixar esses alicerces pareceu clara, já que, ao buscar esta tese demonstrar *a produção híbrida* e aquela *não estatal de normas jurídicas* que devem ser tratadas no campo do direito, implicitamente admitiu a existência de fontes *plurais* para o direito, não se limitando este àquelas oriundas das atividades legislativa, administrativa e judicial do Estado.

Essa admissão da *pluralidade de fontes* demandou uma confirmação teórica de sorte a testar a premissa, já que, como pontua Humberto Eco, a pesquisa realizada para a elaboração de uma tese em ciências humanas deve conter elementos tanto para sua confirmação, quanto para sua crítica, fornecendo dados que possam ser úteis a quem queira continuar os estudos do tema abordado. Em verdade, conter uma dissertação dados favoráveis e críticos à tese sustentada é apontado pelo citado professor italiano como um “*requisito fundamental*” da tese.²⁶⁸

Com o intuito de seguir esses ensinamentos, buscou-se, na parte teórica deste trabalho, expor pensamentos jurídicos formais que apontam para a existência de normas *jurídicas* apenas do espaço estatal, em especial, as visões *positivista* e *monista* do direito, que rejeitam a existência de direito ou de normas jurídicas para além das legisladas pelo Estado.

Ao lado dessas abordagens do direito, foram expostas outras formas de enxergar o fenômeno jurídico, tais como *o direito natural*, o *pluralismo jurídico* e o *movimento do direito livre/vivo*, que, ao se contraporem às análises *positivistas* e *monistas* do direito, garantiram a base teórica necessária para que fossem relativizadas as *verdades* propostas pela teoria da unicidade legal estatal. Essa possibilidade de relativização parece presente e possibilita colocar o direito do Estado como *um* direito preponderante, porém não como o *único*.

Quando se procura relativizar o conceito dos limites normativos abrangidos pelo direito, é possível admitir que o conjunto normativo estatal tanto pode ser encarado como o *único* existente, quanto *um*²⁶⁹ entre outros conjuntos. Esta última hipótese possibilita a sustentação de *pluralismos jurídicos* e, conseqüentemente, da existência de normas jurídicas de produção não estatal.

²⁶⁸ Umberto Eco, *Como se faz uma tese em ciências humanas*, trad. Ana Falcão Bastos e Luís Leitão, Presença, Lisboa, reimpr. jun. 2017, p. 61.

²⁶⁹ Não qualquer *um*, mas o principal.

O conceito hermético que prega ser o direito um produto cujo monopólio da produção está localizado no Estado pode, assim, ser relativizado, tornando-se possível avançar para a dinâmica atual das relações econômicas e comerciais que resultam na produção de normas jurídicas ora por entes estatais diversos do Parlamento, ora por entes *privados*, residindo na produção normativa destes últimos o *pluralismo jurídico* objeto desta tese.

É importante esclarecer que a possibilidade de relativizar a afirmação de que o campo do direito se limita às normas produzidas pelo Estado não implica na emissão de qualquer juízo de valor sobre o conteúdo das normatizações não estatais; em verdade, e bem ao contrário, significa, sim, trazer as normatizações não estatais para o espaço jurídico, para que, dentro dele, possam ser tratadas em seu conteúdo material.

Ao fim desta parte teórica, extrai-se como conclusão da investigação feita que o *direito não se limita, quanto à sua produção, àquele resultante da atividade Parlamentar de determinado Estado, não se limitando igualmente às normas provenientes do Poder Executivo e decisões do Poder Judiciário. Sem dúvida, a produção normativa ainda se concentra nos Estados, porém não se limita a estes. As balizas do direito podem ser fixadas para além dos limites estatais, havendo direito cuja produção não é feita pelo Estado.*

A primeira conclusão da parte teórica, colocada de forma objetiva, pode ser resumida na seguinte sentença: *é possível sustentar a existência de direito ou normas jurídicas de produção não estatal.*

O segundo aspecto que parece relevante destacar em sede de conclusão desta primeira parte do trabalho e introdução da segunda, revela-se no fato de que mesmo o direito de produção estatal, especialmente aquele regulador das atividades econômicas, não se apresenta unicamente como uma produção legislativa parlamentar, que expressaria, nos regimes democráticos representativos, uma atuação dos parlamentares eleitos pela população. Em verdade, os Parlamentos traçam leis gerais regedoras de atividades econômicas,²⁷⁰ cabendo às agências a normatização de cada setor econômico regulado. *Tem-se, aqui, a formação de uma normatização híbrida, de produção estatal não parlamentar, derivada da atuação das agências reguladoras com participação do setor regulado.*

²⁷⁰ Em Portugal, há a Lei-Quadro das Entidades Reguladoras, Lei 67/2013. No Brasil, foi editada a recente Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019, que “dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras”.

Posto assim o tema, a segunda parte desta tese, composta pelos capítulos III e IV, avança para uma análise mais empírica, *demonstrando (i) a formação de uma normatização híbrida ou de agências, (ii) bem como a existência de espaços concorrenciais na produção normativa jurídica e decisória, tendo sido quebrado o monopólio do exercício dessas atividades, antes detido pelo Estado. Serão expostas produções jurídicas normativas e decisórias de origem não estatal.*

Estes dois pontos – *formação de uma normatização econômica de agências e produção normativa e decisória não estatal* – passam a ser analisados em um ambiente econômico que consagrou a doutrina liberal (ainda que temperada) como vitoriosa e a diminuição do aparelho operacional econômico do Estado como modelo de gestão, passando-se o bastão do protagonismo econômico para o setor privado.

Para demonstrar a formação dessa *normatização híbrida das agências*, é necessário expor o contexto em que esses órgãos surgem, o que passa a ser feito no capítulo seguinte.

CAPÍTULO III

ATUAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO ESTADO, NORMATIZAÇÕES SETORIAIS E AS AGÊNCIAS REGULADORAS

III.a) Privatização da operação das atividades econômicas

Na introdução desta dissertação, foi inserido um pequeno título denominado *Estado Regulador, I.b.2*, no qual foi ressaltada a orientação *privatista* adotada por vários Estados ocidentais, orientação esta que permitiu transferir para a iniciativa privada a operação de diversas atividades econômicas, o que se fez com a intenção de diminuir o tamanho e os custos do Estado, além de se adotar a ideia de que o setor privado apresentaria ganhos de eficiência na operação das atividades econômicas.

No capítulo que agora se inicia, busca a dissertação expor a investigação feita sobre a flexibilização operada na produção normativa regulatória, a partir da consolidação do pensamento político-econômico que retomou a ideia do Estado mínimo, que atua *menos* na operação das atividades econômicas e *mais* na sua regulação e gerenciamento.

Para contextualizar essa virada no pensamento econômico, que impactou de forma significativa a produção normativa, especialmente na área da regulação e da resolução dos conflitos comerciais e econômicos, utiliza-se, como exemplo principal, o caso brasileiro, mas cita-se, também, o ocorrido em outros países, em especial, em Portugal.

A verificação teórica feita na primeira parte desta tese abriu espaço para a análise da existência de produção normativa *jurídica* não estatal, bem como para a produção de normatizações híbridas, assim caracterizadas por serem efetuadas com a concorrência do Estado e do setor privado ou por sua produção, embora estatal, não demandar uma atuação cotidiana do Parlamento. Tal fato pontua a *flexibilização* da produção normativa legislativa e decisória estatal, que deixa de ser monopólio dos órgãos típicos do Estado, construídos na tradição da *civil law*, *Parlamento* e *Juiz*, para admitir clara interferência e absorção de institutos afetos à *common law*, com o surgimento das *Agências Reguladoras*, desvinculadas do *Parlamento* e relativamente *independentes* do *Executivo*, que passam a normatizar setores importantes da economia, desincumbindo-se, ainda, de tarefas *decisórias*.

Agregado a esse movimento, percebe-se um deslocamento do centro *decisório* e *normativo* das atividades econômicas, passando as *agências* a exercerem funções típicas dos Poderes Legislativo e Judiciário. Embora esse deslocamento não represente nem confirme a privatização de parte da produção normativa, localiza-se nele uma quebra de

paradigma quanto à produção normativa e decisória no campo econômico, razão pela qual denominamos essa normatização como *híbrida*.

Assim, além de verificar-se o surgimento de normatizações privadas, bem como a abertura do mercado decisório jurídico à iniciativa privada, com o estabelecimento, nesta seara, de um mercado concorrencial – temas que serão tratados no capítulo IV desta tese –, formou-se, também, uma normatização *híbrida*, produzida pelo Estado com a participação de agentes econômicos, porém sem a concorrência *direta* dos clássicos poderes republicanos (Legislativo, Executivo e Judiciário), que apenas traçam linhas normativas gerais.

No capítulo introdutório desta tese,²⁷¹ foram colocados os temas do surgimento de (i) *uma normatização híbrida*, não proveniente dos tradicionais processos legislativos que têm curso perante o Parlamento, bem como (ii) da privatização de parte da produção legislativa e (iii) do processo de aplicação do direito.²⁷² A constatação de que as alterações na forma como *se faz* e *se aplica* o direito – em especial, aquele voltado à regulação econômica e ao regramento de condutas comerciais – são, em parte, consequência da onda privatista que dominou o pensamento econômico ocidental, especialmente a partir do final do século passado (séc. XX), demanda demonstração.

Seria impossível, no âmbito de uma tese de mestrado, abordar as privatizações ocorridas em vários Estados. Por outro lado, embora não seja o foco principal desta dissertação a investigação da transferência da operação de atividades econômicas antes exercidas pelo Estado para a iniciativa privada, é importante passar pelo tema, já que o surgimento de uma *normatização de agências*, bem como o *pluralismo jurídico* na área econômica e comercial ganharam força com esta nova fase que busca colocar em prática o atual pensamento político-econômico dominante. Dessa forma, cabe demonstrar, neste capítulo, como surge uma *normatização híbrida*, assim definida por ser *estatal*, mas produzida com a participação dos setores regulados.

III.a.1) Liberalismo e intervencionismo estatal na economia

Em linhas gerais, o pensamento econômico que pautou a forma como os Estados ocidentais se organizaram na modernidade passou por três períodos, sendo certo que, em cada um deles, regras jurídicas foram alteradas como forma de espelharem a política econômica vigente. Assim, as normas jurídicas passaram a oferecer instrumentos para a concretização das políticas econômicas adotadas.

²⁷¹ Capítulo I.

²⁷² Vide capítulo IV, título IV.2, deste trabalho.

O primeiro período pelo qual passou o pensamento econômico foi caracterizado pela adoção de práticas liberais, tratando-se, aqui, do liberalismo econômico clássico, derivado das lições de Adam Smith (séc. XVIII).²⁷³

Como sustentava o liberalismo clássico que o próprio mercado era dotado de *leis* resultantes de suas práticas, como a *lei da oferta e da procura*, da qual se extraíam alguns princípios – quanto maior a oferta menor o preço e vice-versa –, entendia-se que o mercado era capaz de se autorregular por meio da sua conhecida “mão invisível”,²⁷⁴ corrigindo ele próprio suas *falhas*.

Não era, portanto, papel do Estado intervir na economia; esta era assunto do mercado e não do Estado, que deveria intervir o mínimo possível. Ao setor privado, caberia a tarefa de gerenciar os meios de produção, *autorregulando* suas atividades mediante as *leis de mercado*, em busca de *bem-estar*.²⁷⁵ Aos governos, caberia a tarefa de administrar a coisa pública, além de produzir normas jurídicas que garantissem a propriedade privada, oferecendo tranquilidade e estabilidade às relações comerciais.

O pensamento econômico liberal, entretanto, não oferecia soluções para as graves crises econômicas pelas quais passaram os Estados europeus após as duas grandes guerras ocorridas no séc. XX.²⁷⁶ O problema que se colocava para o pensamento econômico naquele momento era como manter um discurso liberal clássico, quando a intervenção estatal na economia apresentava-se como uma necessidade na reorganização dos Estados europeus. O mesmo se deu nos Estados Unidos da América no período pós-1929. Com a quebra da bolsa de valores norte-americana, decorrente da crise sistêmica que se abateu

²⁷³ Adam Smith, *A Riqueza das Nações*, v. I, Nova Cultural, 1988. Os Economistas.

²⁷⁴ O mercado apresenta falhas, as conhecidas *falhas de mercado*, agrupadas em “i) existência de poder de mercado e monopólio natural; ii) a assimetria de informações entre os agentes econômicos e iii) externalidades. Thomaz Teodorovicz, “As teorias econômicas da regulação e a dicotomia entre regulação econômica e social”, *Revista Comercialista*, ano 3, v. 12, p. 59. Disponível em: https://www.academia.edu/10492256/As_Teorias_Econômicas_da_Regulação_e_a_Dicotomia_entre_Regulação_Econômica_e_Social Acesso em: 09 jan. 2020 às 08:49 h., hora de Brasília.

²⁷⁵ O conceito econômico de *bem-estar social* pode ser definido como a soma do excedente do consumidor com o excedente do produtor. Assim, do lado do consumidor, será a diferença entre o preço pago e o preço máximo que se dispunha a pagar, aquele inferior a este, e, do lado do fornecedor, a diferença entre o preço mínimo de venda e o preço real e superior ao mínimo em que foi realizada a transação. Entretanto, nesta dissertação, nem sempre a expressão *bem-estar* será utilizada em sua acepção econômica.

²⁷⁶ A Primeira Grande Guerra (1914-1918), “do ponto de vista da estrutura política mundial”, deixou os seguintes resultados: “1) o poderio germânico foi temporariamente esmagado e o seu império colonial tomado pelas nações vitoriosas, principalmente Inglaterra e França; 2) a Austro-Hungria foi eliminada do cenário político; 3) os Estados Unidos surgiram como a nação do mundo mais forte economicamente; 4) a Itália e o Japão, embora do lado dos vencedores, viram as suas ambições imperiais frustradas; e, finalmente, 5) a Rússia deu início à sua tentativa de construir a primeira sociedade socialista do mundo.” A Segunda Grande Guerra (1939-1945), iniciada em 1º de setembro de 1939, quando a Alemanha nazista atacou e invadiu a Polônia, fazendo com que, dois dias depois, a França e a Inglaterra declarassem guerra à Alemanha, deixou um rastro de mais de 50 milhões de mortes, entre as quais mais de 28 milhões de civis”. Maria Teresa Sampaio, *A Segunda Guerra Mundial*, ed. Biblioteca da Educação, p. 10, 25 e 55.

sobre a economia estadunidense, uma maior intervenção estatal na economia apresentava-se como inevitável.

Assim, tanto a Europa do pós-guerra, quanto os Estados Unidos da América do período pós-crise de 1929 tiveram que admitir uma maior interferência estatal no domínio econômico, para a reorganização das atividades econômicas.

O pensamento econômico que vai interferir nas escolhas governamentais não mais se orienta pelo liberalismo clássico, avançando para um segundo período, no qual começa a tomar forma o Estado do Bem-Estar Social (*Welfare State*).

A transição do Estado tipicamente liberal para o *Welfare State* vai se consolidando de forma gradativa a partir do período posterior à Primeira Grande Guerra, quando dá espaço para o aparecimento de uma “nova estrutura social” que ainda é influenciada pela que a antecedeu, como leciona o Prof. Marcelo Ribeiro de Souza.²⁷⁷

Podem-se utilizar, como exemplos da quebra do paradigma econômico liberal e da absorção pelo direito estatal de regras necessárias à estruturação de uma organização econômica diversa, os preceitos constantes da Constituição alemã de Weimar,²⁷⁸ que traz um rol de direitos sociais que vão amparar a reconstrução da Alemanha após sua derrota na Primeira Guerra Mundial.

Posteriormente, com a expansão da economia e das políticas públicas, bem como com a percepção mais clara das relações estabelecidas entre o capital e o trabalho, o direito se especializou em regular outros temas além dos interesses privados e a organização do Estado, passando a dispor normas sobre o trabalho, a previdência e, atualmente, até mesmo sobre o consumo de bens e serviços.²⁷⁹

Se a reconstrução da economia pós-guerra na Europa e pós-crise econômica nos Estados Unidos demandou fundamentos teóricos que admitiam e mesmo reclamavam uma maior intervenção estatal, no Brasil, a intervenção do Estado na economia também foi expandida com o advento da era Vargas.²⁸⁰

²⁷⁷ Marcelo Ribeiro de Souza, *A Lei no Estado Contemporâneo*, Legislação Cadernos de Ciência de Legislação, INA nº 11, 1994, p. 7.

²⁷⁸ 1919.

²⁷⁹ Marco Aurélio Gumieri Valério, “The alternative dispute resolutions and the search for social peace”, *RDPRIV*, v. 69, set. 2016, p. 1. Disponível em: <https://docplayer.com.br/152587972-1-os-meios-alternativos-de-resolucao-de-conflitos-e-a-busca-pela-pacificacao-social.html>. Acesso em: 9 jan. 2020 às 08:57 h., hora de Brasília.

²⁸⁰ 1930-1945.

É desse período a Constituição Federal do Brasil de 1934, que traz em seu texto dispositivos que sofreram influência da Constituição alemã de 1919.²⁸¹

A Constituição do Brasil de 1934 regula, em um dos seus capítulos denominado “Ordem econômica e social”, como a atividade econômica deve se desenvolver e traça, inclusive, princípios que devem ser seguidos, como os de *justiça* e *existência digna*. José Arnaldo Frota de Albuquerque afirma que o art. 116 da Constituição brasileira de 1934 praticamente traduziu e transcreveu o art. 154 da Constituição alemã de 1919, viabilizando uma maior intervenção do Estado na economia ao prever: “Por motivo de interesse público e autorizada em lei especial, a União poderá monopolizar determinada indústria ou atividade econômica, asseguradas as indenizações devidas [...]”.²⁸²

Se, em um primeiro período, o pensamento econômico liberal pautava a forma de organização da economia, colocando-se o Estado como mero garantidor das plenas liberdades de atuação do setor privado, nesse segundo período a intervenção estatal cresce a ponto de a Constituição brasileira de 1934 permitir a nacionalização dos bancos e das empresas de seguro, integrantes do setor financeiro.²⁸³

A Constituição de Portugal de 1933 viabilizou também, em seus artigos 30 e 31, a intervenção do Estado na economia, refletindo igualmente o pensamento econômico vigente naquela quadra.

Notam-se, assim, dois modelos de organização da política econômica: o primeiro, fundado na total liberdade econômica do setor privado; o segundo, com características opostas, a demonstrar um Estado intervencionista.

Se o liberalismo clássico pregava o alcance do bem-estar através da iniciativa privada sem contenções e com o mínimo de regramento possível, o Estado intervencionista percebia a incapacidade do mercado de dar conta, por si só, das novas necessidades sociais; passou, assim, a atuar na própria *operação* de determinadas atividades econômicas.

O fato é que, no Brasil, a forte intervenção do Estado na economia e a aplicação desmedida de doutrinas econômicas de inspiração Keynesiana²⁸⁴ acabaram por gerar altas

²⁸¹ Fernando Herren Aguillar, *Direito Econômico: Do Direito Nacional ao Direito Supranacional*, 5. ed., Atlas, São Paulo, 2016, p. 132.

²⁸² José Arnaldo Frota de Albuquerque, “A intervenção do Estado no domínio econômico: evolução constitucional brasileira (1937-67)”, *Revista de Ciência Política* 2, v. 33, 1990, p. 6/7.

²⁸³ Art. 117, da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934.

²⁸⁴ “[...] a designada *teoria geral Keynesiana* teve especialmente em vista aspectos particulares de um período de depressão e da *estrutura econômica britânica* na década de 30 [...]. Porquanto Keynes, na defesa de um *capitalismo* suposto em crise, admitiu que, em certos momentos, no Estado se concentrassem funções

taxas de déficit público e o correspondente endividamento,²⁸⁵ tornando-se a máquina estatal cara, o que implicava drenar cada vez mais recursos da sociedade civil para pagamento do custeio do Estado, sacrificando-se o bem-estar da população.

Na tentativa de encontrar um equilíbrio entre o pensamento econômico liberal e o intervencionista, aparece uma *terceira* forma de organização da economia de inspiração *neoliberal*,²⁸⁶ nesta, o Estado, gradativamente, vai se afastando da operação econômica, que é transferida para a iniciativa privada. Nesta linha, não só atividades econômicas, como também a prestação de importantes serviços públicos – as *public utilities* – passam a ser tarefa do setor privado, agindo o Estado apenas como *regulador*.

Se na *primeira fase* percebia-se um pensamento econômico pautado pelo *liberalismo* e a organização de um *Estado mínimo* e, na *segunda fase*, uma inversão desses valores, com o crescimento do Estado e sua preponderante intervenção na economia em busca do bem-estar – resultando, daí, a denominação do *Estado de Bem-Estar Social* –, nessa *terceira fase*, o que se percebe é a formação de um *Estado regulador* de atividades desenvolvidas com prevalência pelo setor privado.

Relevante papel tiveram as recomendações de John Williamson,²⁸⁷ que inspirou o *Consenso de Washington*,²⁸⁸ estruturando o neoliberalismo mediante premissas e medidas econômicas, tais como: (i) abertura comercial,²⁸⁹ (ii) eliminação de entraves aos investimentos estrangeiros, (iii) privatização das estatais e (iv) desregulamentação.

e poderes extensos.” Pedro Mario Soares Martínez, *Economia Política*, 11. ed., revista e actualizada, reimpressão, Almedina, p. 324.

²⁸⁵ A dívida pública mobiliária brasileira, em 1980, era da ordem de 13 milhões de dólares; em 1986, havia crescido para 74 milhões de dólares. Fonte: Ricardo Letizia Garcia, “O Déficit Público e a Inflação: o Estado Brasileiro como Gerador da Instabilidade Econômica”, in *Teoria do Endividamento Econômico*, Passo Fundo, v. 3, n. 5, maio 1995, p. 59-78.

²⁸⁶ “A ideologia neoliberal surge na Europa Ocidental e América do Norte no pós-II Guerra Mundial, desenvolvendo-se desde o início do século XX a partir da ‘Escola Austríaca’, fundada por Carl Menger e continuada por Ludwig von Mises, que formulou os postulados que caracterizam o eixo do pensamento neoliberal até os dias atuais.” Sidney Tanaka S. Matos, “Conceitos primeiros de neoliberalismo”, in *Mediações*, v. 13, n. 1-2, p. 192-213, jan.-jun. e jul.-dez. 2008.

²⁸⁷ Marcus Marktanner e Jörg M. Winterberg, “Consenso de Washington x Economia Social de Mercado: o papel do Estado no desenvolvimento”, in *Cadernos Adenauer X*, n. 3, 2009, p. 38.

²⁸⁸ “[...] o Consenso de Washington formou-se a partir da crise do consenso Keynesiano e da correspondente crise da teoria do desenvolvimento econômico elaborada nos anos 40 e 50”. Luiz Carlos Bresser-Pereira, “A Crise da América Latina: Consenso de Washington ou crise fiscal?”, *Pesquisa e Planejamento Econômico*, 21 (1), abr. 1991, p. 3-23.

²⁸⁹ “Ganha cada vez mais adeptos, contudo, o argumento oposto, de que não é o protecionismo mas, muito pelo contrário, a integração acelerada que mais beneficia o crescimento das economias mais frágeis e pobres, permitindo-lhes através das trocas encontrarem mais rapidamente o seu ‘nicho’ de vantagens comparativas, a especialização maximizadora da sua eficiência produtiva – dissuadindo mais rapidamente os países de cometerem aquela óbvia ineficiência que consiste em produzirem eles mesmos aquilo que conseguem adquirir com menos custos através das trocas internacionais.” Fernando Araújo, *Introdução à Economia*, 2. ed., v. II, Almedina, p.1.148.

Dessa forma, nações do mundo ocidental, entre elas o Brasil e Portugal, em um cenário de economia crescentemente globalizada, optaram pela desoneração do Estado do exercício direto de determinadas atividades econômicas, passando ele a atuar de forma subsidiária (como é o caso do Brasil).

O surgimento do Estado dito *regulador* é contemporâneo à entrega para a iniciativa privada, mediante concessões, permissões e autorizações, da prestação de serviços nas áreas de telecomunicações, transportes, energia e tantas outras,²⁹⁰ bem como da venda do controle acionário de empresas públicas e sociedades de economia mista. No Brasil, a atuação do Estado na economia passou a pautar-se pelo princípio da *subsidiariedade*, expressamente previsto no art. 173 da Constituição Federal de 1988.²⁹¹

As privatizações, no Brasil, de empresas públicas e sociedades de economia mistas, bem como as transferências de atividades antes exercidas pelo Estado para a iniciativa privada fizeram surgir novos mercados concorrenciais que, em suas operações, podem apresentar deficiências ou imperfeições que ficaram conhecidas como *falhas de mercado*;²⁹² verificou-se, então, a necessidade de criação de órgãos independentes e tecnicamente competentes para regular tais mercados e corrigir suas falhas em busca de melhora nos resultados e no *bem-estar social*.

Nessa terceira fase, a organização da economia através das regras jurídicas passa a ser feita com a forte influência do direito de origem na *common law* sobre o direito de tradição na *civil law*, inserindo-se estruturas estatais antes inexistentes – as *Agências*

²⁹⁰ O Estado brasileiro ainda permanece em determinados setores concorrendo com a iniciativa privada, daí a necessária posição de *equidistância* na atuação das Agências Reguladoras.

²⁹¹ Art. 173, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”.

²⁹² “As intervenções do Estado nos mercados que sejam ditadas por propósitos de *eficiência* – bem como até certo ponto, a confirmação permanente de algumas modernas “economias mistas” nas quais o mercado predomina mas coexiste com um sector público cuja actuação pode não estar inteiramente subordinada às regras de mercado – costumam ser justificadas pelas alegada existência de “falhas de mercado”, as quais são atribuídas a duas causas principais: 1. a existência de “externalidades”, a possibilidade de que uma actuação económica faça projetar irremediavelmente efeitos, benéficos ou maléficos, sobre alguém que não o próprio agente, interferindo no nível de bem-estar desse alguém, sem que lhe seja paga qualquer indemnização – no caso de diminuição do seu bem-estar – ou sem ter que pagar qualquer compensação – no caso de aumento desse bem-estar –, impedindo nomeadamente que a produção de bens socialmente benéficos seja livremente incentivada, ou sinalizando erradamente o mercado no sentido da sobreprodução de bens e serviços, com efeitos colaterais socialmente negativos; 2. a existência de “poder de mercado”, que permita a alguém a exploração do mecanismo dos preços em proveito próprio, para lá de um limite que fira um sentido mínimo de justiça ou que gere desincentivos à produção e às trocas – tendo de admitir-se que mesmo a mais superficial observação do mercado evidenciará que a concorrência entre empresa é frequentemente limitada, que as distorções do mercado muitas vezes se perpetuam através da sua repercussão no plano dos incentivos, que as atitudes abusivas não raro extravasam para o domínio das práticas anti-ambientais e anti-sociais.” Fernando Araújo, *Introdução à Economia*, 3. ed., 5. reimp., Almedina, p. 56.

Reguladoras – que vêm com a missão de exercer a *regulação econômica dos setores* em que atuam, corrigindo as falhas de mercado e dando *suporte normativo* ao seu desenvolvimento.

Com a crise do estado providencial “[verificou-se] na produção do direito a diminuição do papel estatal, a expansão do mercado e a pequena participação da comunidade, consequência do processo de globalização, sob o impulso do mercado, guiado pela desregulamentação e pela redução das políticas sociais [...]”.²⁹³

Boa parte das nações do mundo ocidental, entre elas o Brasil e Portugal, inseridas em um cenário de economia crescentemente globalizada, escolheram como caminho a desoneração do Estado do exercício direto de determinadas atividades econômicas, passando ele a atuar de forma subsidiária. Essa opção possibilitou a criação de novos mercados concorrenciais, outorgando-se às *Agências Reguladoras* o papel de regular e zelar pelo bom funcionamento desses mercados, o que é feito não só por meio de *produção normativa*, mas, também, das *atividades decisórias*.

Como seria impossível, nos limites da pesquisa feita para esta tese, analisar o processo de privatização mundial da atividade econômica, por se ter maior familiaridade e como o tema apenas serve para contextualizar o foco central deste trabalho, limita-se esta dissertação a narrar o que ocorreu no Brasil.

III.a.2) O caso brasileiro

Para demonstrar que a formação de uma *normatização híbrida* – cujas normas não resultam, necessariamente, do clássico processo legislativo levado a cabo pelo Parlamento –, é resultado da transferência da operação de diversos setores da economia para a iniciativa privada, esta dissertação se ocupará, neste título, do caso brasileiro, que bem demonstra a absorção do discurso que prega o afastamento do Estado das atividades econômicas, com a formação de um *Estado Regulador*. Será citado, também, o caso de Portugal.

A economia brasileira viveu, a partir da era Vargas e até a década de oitenta do séc. XX, sob forte intervenção do Estado. Essa mesma atuação intervencionista do Estado foi sentida em Portugal.²⁹⁴ Ocorre que as economias ocidentais, nelas incluída a

²⁹³ Marco Aurélio Gumieri Valério, “The alternative dispute resolutions and the search for social peace”, *RDPRIV*, v. 69, set. 2016, p. 1. Disponível em: <https://docplayer.com.br/152587972-1-os-meios-alternativos-de-resolucao-de-conflitos-e-a-busca-pela-pacificacao-social.html>. Acesso em: 9 jan. 2020 às 08:57 h., hora de Brasília.

²⁹⁴ Portugal nacionalizou e, posteriormente, reprivatizou: “[...] a primeira Lei que, com alguma legitimidade, pode ser rotulada de ‘Lei de Reprivatizações’ – a Lei n. 88/84m de 20 de julho – seria aprovada *ainda antes* da segunda revisão Constitucional, ocorrida em 1989 e com início de vigência a 7 de

brasileira, abandonaram esse modelo de organização da política econômica, adotando um novo marco liberal. A adoção pelo Ocidente de uma política econômica baseada em um novo liberalismo foi influenciada pela eleição, em 1979, de Margaret Thatcher, na Inglaterra, e, em 1980, de Ronald Reagan, nos Estados Unidos da América.²⁹⁵

Assim, o que se observou no Brasil até os anos 1980 foi uma “curva ascendente da ação direta do Estado na atividade econômica. Apenas a título de ilustração, até 1930, as empresas estatais não passavam de 17. Na década de 50, chegaram a 70, passando, na década de 80, a 582 entidades estatais”.²⁹⁶

Foi na conhecida *Era Vargas*, notadamente durante o período do Estado Novo, que se inicia com a Constituição de 1937 e vai até a deposição de Getúlio Vargas em 1945, que o pensamento político-econômico *intervencionista* ganhou destaque, adotando o governo o que se poderia denominar como regime nacional desenvolvimentista, colocado em prática mediante a criação de inúmeras empresas públicas e sociedades empresariais controladas pelo Estado.²⁹⁷ Mesmo após o período Vargas, o crescimento do Estado continuou, como referido no parágrafo anterior.

O crescimento da estrutura estatal brasileira, bem como a forma de intervir na economia mediante a operação direta de atividades econômicas tiveram como consequência que os custos de manutenção desse arranjo se tornassem excessivamente pesados para a sociedade. A necessidade de captação de empréstimos internacionais e o fracasso de sucessivos planos de estabilização econômica²⁹⁸ fizeram com que o Brasil

agosto do mesmo ano. Facto que, por si só, veio inegavelmente demonstrar a possibilidade *efectiva* de contornar o princípio da ‘irreversibilidade das nacionalizações’ consagrado no artigo 83º da C.R.P.. Como vimos, estivera ausente a vontade e o *consenso político* que o houvessem consentido um ou dois anos antes...

A segunda revisão Constitucional, viabilizada pelo contexto de estabilidade governativa resultante das eleições legislativas de Outubro de 1987, veio a erradicar do texto Constitucional o princípio da ‘irreversibilidade das nacionalizações’.” Fernando Freire e Sousa e Ricardo Cruz, *O processo de Privatizações em Portugal*, Associação Industrial Portuense, Porto, 1992, p. 89.

²⁹⁵ Luciano Amaral, “Política e economia: o Estado Novo, os latifundiários alentejanos e os antecedentes da EPAC”, in *Análise Social*, v. xxxi (136-137), 1996 (2º-3º), p. 486.

²⁹⁶ Sérgio Guerra, *Controle Judicial dos Atos Regulatórios*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, p. 35.

²⁹⁷ Fernando Herren Aguillar aponta que “foi nesse período que o Estado assumiu com maior ênfase a função de empresário. Foram criadas no período a Companhia Siderúrgica Nacional (1941); a Companhia Vale do Rio Doce (1942); a Fábrica Nacional de Motores e a Companhia Nacional de Álcalis (1943); e a Companhia de Aços Especiais Itabira (1944). Encampou o Loyd Brasileiro (1937), principal empresa brasileira de marinha mercante. Em 1940, nacionalizou a Company Port of Pará e a The Amazon River Steam Navigation Company Limited. Em 1943, encampou a Cia. Lage e Irmãos, dando origem à Companhia Nacional de Navegação Costeira. Ao mesmo tempo em que promoveu uma concentração regulatória operacional, normatizou diversos setores de atividades econômicas, como a de mineração (Código de Minas); do sal (Decreto-Lei nº 2.300, de 10 de junho de 1940, que criou o Instituto Nacional do Sal); e da erva-mate (Decreto-Lei nº 3.937, de 13 de dezembro de 1941, que reorganizou o Instituto Nacional do Mate)”. Fernando Herren Aguillar, *Direito Econômico: Do Direito Nacional ao Direito Supranacional*, Atlas, São Paulo, 2016, p. 134.

²⁹⁸ Plano Cruzado, de fevereiro de 1986; Plano Bresser, de julho de 1987; Plano Verão, de janeiro de 1989; Plano Collor, de março de 1990.

sofresse com o fenômeno da hiperinflação, que chegou a alcançar percentuais bem superiores a 200% ao ano.²⁹⁹

A virada da pauta econômica ocidental para as teses orientadas à privatização de ativos e à retirada do Estado da operação de atividades econômicas, com a liberalização e a abertura dos mercados à concorrência interna e externa,³⁰⁰ ganhou força a partir dos anos 1980, apresentando-se sua adoção como alternativa para a recuperação da economia brasileira.

No curso dos anos 1980, trinta e oito empresas que haviam sido anteriormente incorporadas ao domínio estatal, dando concretude àquele desenho *intervencionista*, foram privatizadas e geraram ao erário público brasileiro algo em torno de 780 milhões de dólares. Nas décadas seguintes, a privatização seguiu forte e, até a virada do século, o Estado brasileiro já havia arrecadado quase 20 bilhões de dólares com a venda de seus ativos.³⁰¹

²⁹⁹ “Ao ingressar na década de 80, o Brasil já havia acumulado uma das mais longas experiências de instabilidade monetária registradas na economia mundial do pós-guerra; e, diante das elevadas taxas de inflação vindas como herança dos anos 70, não seria ilusório esperar que a partir daí o país pudesse vir a reencontrar o caminho da estabilidade. Mas não foi o que ocorreu, pois em realidade os preços dispararam, a despeito das medidas de contenção implantadas ainda em 1980 (prefixação da taxa de câmbio e da correção monetária, e introdução de um redutor sobre as taxas de juros), chegando ainda em 1981 e 1982 ao patamar de 100%; em 1983-85 as taxas de inflação dobrariam, superando o patamar de 200% ao ano, inaugurando, assim, o ciclo de inflação mensal representada por dois dígitos. E, após algumas experiências frustradas de estabilização (em 1986, 1987 e 1989), o Brasil, depois de ingressar na faixa de inflação anual de quatro dígitos (com 1.037,6% nos doze meses de 1988), registraria, ao final de 1989, uma variação global de preços da ordem de 1.800% (tabela 1 e gráfico 5), tendo chegado a registrar uma inflação próxima de 50% num único mês – dezembro de 1989.” Dercio Garcia Munhoz, “Inflação brasileira: os ensinamentos desde a crise dos anos 30”, *Economia Contemporânea*, n. 1 jan.-jun. 1997, p. 64. Assim, a inflação média anual no Brasil na década de 1980 foi superior a 200% ao ano, enquanto “na média mundial, de 14% nos anos 80 para 4% no século XXI, de 9% para 2% na média dos países industrializados”. Fernando Araújo, “A união econômica e monetária depois do Tratado de Lisboa (ou, a timidez monetarista em tempos de pandemia financeira)”, in *Tratado de Lisboa, Jornadas organizadas pelo Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, coord. Fausto de Quadros, Almedina, 2012, p. 124.

³⁰⁰ Vital Moreira, *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*, Almedina, Coimbra, 1997, p. 43.

³⁰¹ De 1990 a 1992, 18 empresas foram desestatizadas, sendo elas dos setores petroquímico, siderúrgico e de fertilizantes. O valor arrecadado alcançou os 4 bilhões de dólares, pagos em títulos da dívida pública. Entre 1993 e 1994 a desestatização do setor siderúrgico foi concluída, arrecadando o erário 4,5 bilhões de dólares. [Fonte: BNDES, disponível em: <http://www.bndes.gov.br> – desestatização histórico]

Durante os anos 1995 e 1996, houve a ampliação do Programa Nacional de Desestatização, com a criação do Conselho Nacional de Desestatização, sendo privatizadas 19 empresas e arrecadados 5,1 bilhões de dólares.

Em 1997, foi vendida uma das maiores mineradoras do mundo, a Companhia Vale do Rio Doce, e, ainda, a malha nordeste da Rede Ferroviária Federal; o Banco Meridional do Brasil S.A. e arrendado o Terminal de Contêineres 1 do Porto de Santos, gerando arrecadação de 4,2 bilhões de dólares. [Fonte: BNDES, disponível em: <http://www.bndes.gov.br> – desestatização histórico]

Dados do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES dão conta de que, se levadas em consideração a venda de participações dos Estados na Cia. Riograndense de Telecomunicações – CRT e na Cia. de Eletricidade de Minas Gerais – Cemig, o ano de 1997 fechou com uma arrecadação total acumulada da ordem de 14,9 bilhões de dólares. [Fonte: BNDES, disponível em: <http://www.bndes.gov.br> – desestatização histórico] Acesso em: 9 jan. 2020 às 09:08 h., hora de Brasília.

As privatizações, portanto, por um lado, desoneraram o Estado da tarefa de atuar na área operacional da economia; por outro, possibilitaram a captação de recursos junto à iniciativa privada e, ainda, o estabelecimento da livre concorrência em atividades antes submetidas ao monopólio estatal.

Embora a desestatização de empresas brasileiras possa ser notada com maior relevância a partir da década de 90 do século passado, em verdade, já no final da década de 1970, era possível vislumbrar-se, tanto nos Estados Unidos, quanto na Grã-Bretanha, um movimento de revalorização do mercado concorrencial, apontando para redução da atividade estatal na economia.³⁰²

Professor Vital Moreira chamou esse movimento de “*desregulação*”, com atuação em três pontos importantes. O *primeiro* retirava o Estado da operação de atividades econômicas com privatização de empresas públicas e venda de participações acionárias estatais. O *segundo* autorizava a iniciativa privada a atuar em atividades até então monopolizadas pelo Estado, incluindo as relacionadas com as *public utilities*. O *terceiro* ponto relacionava-se com a atenuação do controle estatal sobre o mercado, o que poderia, também, ser chamado de *desregulação em sentido estrito*.³⁰³

Embalada pela nova forma de pensar a atuação do Estado na economia e pressionado pela crise econômica interna, ganhou força no Brasil a tese da redução do tamanho da estrutura estatal, bem como de sua retirada de setores produtivos que deveriam ser explorados pela iniciativa privada com a criação de novos mercados concorrenciais. Assim, o papel do Estado deixou de ser a atuação direta na operação de atividades econômicas, cujo protagonismo foi delegado ao setor privado, atuando o Estado de forma subsidiária e regulando os novos mercados. Na prática, absteve-se o Estado de ser *operador* para tornar-se apenas o *regulador* das atividades econômicas.

Em 1998, foram vendidas 12 *holdings* resultantes da cisão do Sistema Telebras. Ainda em 1998, foi transferida para o setor privado a exploração de atividades portuárias do Terminal de Contêineres do Porto de Sepetiba, da Cia. Docas do Rio de Janeiro e do Espírito Santo, entre outros. No setor elétrico, foi realizada a venda das Centrais Elétricas Geradoras do Sul S.A. – GERASUL. [Fonte: BNDES, disponível em: <http://www.bndes.gov.br> – desestatização – histórico] O Brasil ingressou no século XXI com um resultado total já arrecadado pelo Programa Nacional de Desestatização da ordem de 19,9 bilhões de dólares. [Fonte: BNDES, disponível em: <http://www.bndes.gov.br> – desestatização – histórico] Nas duas primeiras décadas do séc. XXI a política econômica brasileira continuou a focar na retirada do Estado do setor produtivo, sendo sua atuação meramente *subsidiária*, tal como consta do desenho traçado pelo art. 173 da CFB/88.

Em 2019, com a posse do presidente Jair Bolsonaro, o liberalismo econômico é potencializado: foi editada a Medida Provisória n. 881, de 30 de abril de 2019, que consagra o liberalismo econômico como política de governo, instituindo o que se entendeu chamar de *Declaração de Direitos de Liberdade Econômica*, estabelecendo garantias para o funcionamento do livre mercado.

³⁰² Vital Moreira, *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*, Almedina, Coimbra, 1997, p. 43.

³⁰³ Idem.

Diogo de Figueiredo observa que, naquele momento histórico, com a globalização já iniciada, havia uma troca de protagonismo econômico, que deixava de ser exercido pelos Estados e passava para as organizações internacionais.³⁰⁴

Foi nesse cenário³⁰⁵ de crise econômica interna (altas taxas de inflação monetária + elevado déficit público + endividamento) que se instaurou no Brasil, em 10 de fevereiro de 1987, a Assembleia Nacional Constituinte, integrada por deputados federais e senadores eleitos em 1986, os quais tiveram a missão de redigir um novo pacto social nacional que resultaria na Constituição da República Federativa do Brasil (1988).

Ao contrário do que se esperava, o texto constitucional redigido pela Assembleia Nacional Constituinte não atendeu aos anseios de redução do tamanho do Estado e de redefinição de sua relação com o setor privado, e sofreu críticas.

Diogo sustentou que “[...] nessa perspectiva, a nova Carta, *analisada como instrumento de desenvolvimento econômico*, é muito mais conservadora que progressista. Curiosamente, a Constituição de 1988, que em tantos aspectos foi inovadora e até ousada, não rompeu com vícios estatizantes que herdamos de cerca de meio século de experiência desenvolvimentista [...]”.³⁰⁶

Moreira Neto apontava para o fato de que “o caminho passa pelo reconhecimento desta simples verdade: de que o Estado e o direito não podem atuar como empecilhos à produção econômica, mas, ao contrário, de que só podem atuar como seus garantidores e impulsionadores, pois essa é sua função [...]”.³⁰⁷

Segundo parte da doutrina, o texto constitucional de 1988 teria mantido tanto as características cartoriais, quanto as burocrático-paternalistas que dificultavam a retirada do protagonismo estatal na exploração das atividades econômicas.^{308 309}

³⁰⁴ “[...] o Estado perde sua importância como ator econômico em favor das grandes organizações internacionais, mas, em compensação, vê aumentado o seu papel de orientador e incentivador da economia e a sua responsabilidade no campo social [...]”. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, “O Estado e a economia na Constituição de 1988”, *Revista de Informação Legislativa*, n. 102, ano 26, abr.-jun. 1989, Brasília, p. 14.

³⁰⁵ Além do contexto econômico, a redação da Constituição de 1988 foi influenciada pela recente redemocratização do País, que havia vivido um longo período sob governo militar (1964 a 1985).

³⁰⁶ Diogo de Figueiredo Moreira Neto, “O Estado e a economia na Constituição de 1988”, *Revista de Informação Legislativa*, n. 102, ano 26, abr.-jun. 1989, Brasília, p. 5.

³⁰⁷ *Ibidem*, p. 12.

³⁰⁸ “O estatismo cartorial está presente em vários dispositivos, como no que define a empresa brasileira de capital nacional (art. 171, II), no que proíbe os contratos de risco (art. 177, parágrafo 1º), no que cria o monopólio para a distribuição de gás (art. 177, IV) e como no que reinstitui o regime regaliano para o subsolo, abandonado desde o Império por sua reconhecida imprestabilidade para estimular a mineração (art. 20, IX).” Diogo de Figueiredo Moreira Neto, “O Estado e a economia na Constituição de 1988”, *Revista de Informação Legislativa*, n. 102, ano 26, abril a junho 1989, Brasília, p. 17.

³⁰⁹ “O estatismo burocrata-paternalista declarado fica patenteado no elenco de serviços que o Estado Federal deverá explorar ‘diretamente ou mediante concessão a empresas sob o controle acionário estatal’:

Ocorre que a Assembleia Nacional Constituinte foi palco para diversos embates de ordem ideológica e econômica, e abrigou tanto pensamentos liberais quanto intervencionistas; por conseguinte, a Constituição de 1988 refletiu essa pluralidade de entendimentos.

Se, de um lado, não há, em relação à ordem econômica, uma postura retrógrada, funcionando o texto constitucional como retrato dos debates relativos ao pensamento econômico travados no Brasil naquele momento histórico, de outro, a Carta Política de 1988, em sua versão original, também não pode ser tomada como baliza demarcatória da abertura econômica, nem como ponto de inflexão da postura intervencionista estatal.

Porém, a necessidade de contenção de gastos e de criação de novos mercados concorrenciais, com o afastamento do Estado da atuação direta na atividade econômica, já aparecia na legislação infraconstitucional anterior à promulgação da Carta Constitucional de 1988.³¹⁰ Além disso, “[a] globalização e a adoção de um modelo neoliberal em vários países foram os passos seguintes para aumentar o coro contra o modelo econômico da Carta de 1988”.³¹¹

Como resultado da necessidade de reorganização da economia nacional (brasileira), somada ao alinhamento ao novo pensamento econômico liberal, deu-se a edição de consecutivas emendas constitucionais³¹² “que transformaram o modelo

serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e demais serviços públicos de telecomunicações (art. 21, XI).

[...]

Podemos alinhar, à guisa de conclusões, quatro pontos característicos do modelo econômico conservador na Carta de 1988: o primeiro, a manutenção do estatismo, uma solução política exaurida, pois nem os capitais públicos são mais abundantes – ao contrário, acumulam-se os déficits públicos em grande número de países –, nem o Estado comprovou ser um gestor eficiente – ao contrário, privatiza-se a economia de norte a sul, de leste a oeste, como solução para tornar o Estado menos pesado para a sociedade.” Diogo de Figueiredo Moreira Neto, “O Estado e a economia na Constituição de 1988”, *Revista de Informação Legislativa*, n. 102, ano 26, abr.-jun. 1989, Brasília, p. 17-18.

³¹⁰ Em 1985, três anos antes da CFB/88, já havia iniciativa legislativa quanto à privatização de ativos públicos. É daquele ano o Decreto nº 91.991, que dá início ao plano de transferência da exploração de várias atividades econômicas para o setor privado.

Três anos depois, o Decreto nº 95.886/1988 criou o Programa Federal de Desestatização, mantendo a intenção de transferir atividades econômicas, até então desempenhadas pelo Estado, para o setor privado. Em 1989, portanto quando já vigente a Constituição Federal brasileira de 1988, foi editada a Medida Provisória nº 26/1989, que autorizou a venda de participações acionárias e do controle de diferentes empresas estatais.

A Lei nº 8.031/1990 acelerou o processo de privatização, que foi consolidado pela Lei nº 9.491, de 1997. Essa última alterou procedimentos atinentes ao Programa Nacional de Desestatização.³¹⁰

Posteriormente, as Emendas Constitucionais nºs 6, 7, 8 e 9, todas de 1995, alteraram a arquitetura da *constituição econômica* brasileira, subtraindo o preceito nacionalista da exploração de certas atividades, como a da extração mineral, a do transporte aquático e a do petróleo.

³¹¹ Fernando Facury Scaff, “A Constituição Econômica Brasileira em seus 15 anos”. *Boletim de Ciências Econômicas*, v. XLVI, Faculdade de Direito, Coimbra, 2003, p. 97.

³¹² Emendas Constitucionais n. 6, 7, 8 e 9, todas de 1995, à Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988.

econômico do país, permitindo a privatização de amplos setores da economia nacional, e abrindo a economia ao capital estrangeiro”.³¹³

Todas essas emendas constitucionais, cujo histórico foi feito por Scaff em artigo publicado em 2003, buscaram dar concretude ao pensamento econômico liberal ou neoliberal, quebrando as características estatistas e nacionalistas que pautavam a atuação estatal brasileira na área econômica.³¹⁴ Preparava-se o Brasil para privatizar grande parte de seus ativos, passando o bastão do protagonismo da atividade econômica para a iniciativa privada.

Com o esgotamento do ciclo de crescimento da máquina estatal e a inversão do pensamento econômico dominante, que não mais sustentava o papel *intervencionista* do Estado, ao contrário, deferia ao setor privado o *protagonismo* do exercício das atividades econômicas, nova forma de regulação econômica passou a ser adotada pelo Brasil, importando-se, com adaptações, o modelo norte-americano das *Agências Reguladoras*.

III.b) As normas híbridas das Agências Reguladoras

Uma vez consolidadas as transferências de ativos públicos para a iniciativa privada e criadas novas estruturas para reger as atividades econômicas – as *Agências Reguladoras* –, começa a surgir em sede econômica uma *normatização híbrida*, a pautar o comportamento de diversos e relevantes setores econômicos. Passam as *Agências Reguladoras* a produzir essa normatização, bem como a exercer funções *decisórias* relevantes para a economia, pois compõem um novo modelo de organização política econômica, ao regularem uma série de atividades econômicas, com o compromisso de direcioná-las a um objetivo comum, qual seja, a busca de *eficiência e bem-estar social*.³¹⁵

³¹³ “Entre outubro de 1988 e maio de 2003 foram aprovadas 46 Emendas Constitucionais, incluindo as de Revisão. 25 destas Emendas alteraram normas referentes à matéria econômica, orçamentária e tributária. Destas, oito Emendas Constitucionais alteraram a conformação da constituição econômica formal brasileira. Cinco destas Emendas foram alteradas entre os meses de agosto e novembro de 1995 e modificaram sobremaneira o perfil econômico brasileiro (EC – Emenda Constitucional 5, 6, 7, 8 e 9). Outras duas, em 1998 (EC 19) e em 2002 (EC 36), completam o quadro.

[...]

1) foi retirado o perfil nacionalista através da revogação do conceito de empresa brasileira de capital nacional, facilitando a inserção do capital estrangeiro no Brasil; 2) foi reduzido o perfil estatista, deixando de ser exigido que alguns serviços públicos fossem necessariamente delegados a empresas estatais, permitindo que a outorga ocorresse para empresas brasileiras ou estrangeiras; e 3) [a EC 19] melhor detalhou as condições de intervenção do Estado na economia através de empresas estatais em regime de concorrência com empresas privadas.” Fernando Facury Scaff, “A Constituição Econômica Brasileira em seus 15 anos”, *Boletim de Ciências Econômicas*, v. XLVI, Faculdade de Direito, Coimbra, 2003, p. 114.

³¹⁴ Fernando Facury Scaff, “A Constituição Econômica Brasileira em seus 15 anos”, *Boletim de Ciências Econômicas*, v. XLVI, Faculdade de Direito, Coimbra, 2003, p. 103.

³¹⁵ “A nosso juízo a busca do *bem-estar* deve estar presente em qualquer sistema econômico, estando o mercado a serviço da sociedade e não o contrário. A economia é essencialmente um sistema de produção, de emprego, de organização e de provisão de bem-estar.” José Reis, *A Economia Portuguesa: Formas de Economia Política numa Periferia Persistente (1960-2017)*, Almedina, 2018, p. 21.

Fato é que, com a implementação da transferência para a iniciativa privada da exploração da atividade econômica em vários setores, bem como da prestação de diversos serviços públicos, fez-se necessária a criação de órgãos independentes, com a função de regular esses setores econômicos. Surgiram, então, as *Agências Reguladoras* no direito brasileiro.

Os números da privatização, apontados anteriormente, ilustram bem o grau de responsabilidade e de importância das normatizações produzidas pelo sistema de agências implantado na administração pública brasileira.

Essas agências são inseridas no modelo de organização estatal como entes com missão predefinida: exercer a *regulação econômica dos setores* nos quais atuam, possibilitando o seu desenvolvimento.

Note-se que as *Agências Reguladoras*, regra geral, detêm independência técnica, e seus presidentes ou órgãos superiores são dotados de certas garantias que possibilitam aos mesmos manterem equidistância tanto em relação aos operadores do mercado, quanto ao governo, fazendo com que suas atuações sejam mais técnicas e não sofram interferências partidárias. Dessa forma, o exame de temas técnicos econômicos relativos aos mercados regulados passa a ser feito com preponderância das agências sobre as demais estruturas estatais, inclusive em relação ao Poder Judiciário, que guarda certa deferência às decisões tomadas por elas.

É a partir desse contexto que a produção normativa econômica deixa de ser em grande parte produzida a partir do modelo clássico; flexibiliza-se a legitimidade democrática para admitir instrumentos normativos produzidos setorialmente, sem a participação dos representantes do povo, tangenciando-se o conceito de democracia representativa. As regras que a ditam o dia a dia dos mercados passam a ser feitas pelos *agentes reguladores*, cujo processo de escolha não é feito por meio de eleições populares, mas, sim, via nomeações do chefe do Poder Executivo.

O modelo de regulação econômica adotado condiciona e altera a forma de produção legislativa. Assim, ainda que as normas continuem a ser feitas por órgãos estatais com a participação dos agentes econômicos, não são esses órgãos (as agências) compostos por representantes escolhidos via eleição popular.

Em sede de regulação das atividades econômicas, o que se viu no Brasil e também em Portugal foi a flexibilização normativa formal, com a abertura de espaço para a criação

de normas jurídicas por órgãos distintos do Parlamento, ganhando força o modelo norteamericano de agências reguladoras.

Nesse ponto, embora não se trate de uma normatização de produção privada – já que as agências compõem a estrutura organizacional do Estado –, verifica-se uma quebra de paradigma em relação ao direito de tradição na *civil law*: há a transferência de atividades não só normativas, como também decisórias para órgãos estatais diversos do Legislativo e do Judiciário e se adota um modelo de raízes na *common law*, passando os setores privados regulados a influenciarem em sua própria regulação mediante participação efetiva no processo de criação da norma.

Em sede regulatória econômica interna, se, por um lado, grande parte das normas, formalmente, ainda é produzida pelo Estado, por outro, essa produção não mais atende ao modelo clássico democrático, através do qual se concebeu a teoria de que a lei é feita pelos representantes do povo eleitos em sufrágio universal.

Nesse particular, a normatização é feita por agentes não eleitos, portanto, carentes de legitimidade democrática. O processo obedece ao critério de setorização, não se tratando de normatizações genéricas, mais, sim, daquelas próprias a reger determinado setor econômico; para tal, tem a participação dos agentes econômicos que atuam no setor.

A admissão de uma preponderância do “direito das agências” sobre o pretoriano passa a ser admitida não só por meio de dispositivos legais, como, também, pela posição adotada pelo Poder Judiciário, que revela certa *deferência* ao que tenha sido decidido pelas agências.

A título de exemplos, citam-se trechos de três precedentes: os dois primeiros, da Justiça de Portugal, e o último, da brasileira.

Tribunal da Relação de Lisboa³¹⁶

“7.1.O Tribunal a quo entendeu corretamente na sua Sentença que não se verificava a mínima aparência de bom direito das pretensões formuladas pelas Recorrentes no processo principal. Dispondo a AdC de uma ampla discricionariedade administrativa e regulatória para determinar se a operação de concentração em causa, ao abrigo do artigo 41 da Lei da Concorrência, é ou não passível de criar entraves significativos à concorrência efetiva no mercado nacional ou numa parte substancial deste, o controlo da legalidade da sua decisão é não só mais exigente, como mais restrita, sob pena de violação do nº 1 do artigo 3º do CPTA.”

³¹⁶ Processo nº 5.15.7YQSTR-C.L1 6ª Secção, Acordam do Tribunal da Relação de Lisboa.

Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo³¹⁷

“Concorrência, pronunciar-se”. * ilegalidade da decisão da AdC: No que respeita à ilegalidade da decisão, os requerentes põem em causa o juízo de discricionariedade técnica da AdC, sustentando que a operação de concentração em causa é suscetível de criar entraves significativos à concorrência efetiva no mercado nacional ou numa parte substancial deste. O controlo judicial deste juízo, quanto ao seu âmbito, está limitado às seguintes hipóteses: desvio do poder subjetivo; erro de facto; falta ou insuficiência de fundamentação (motivação); erro manifesto de apreciação; e “compatibilidade da ‘vontade’ ou do ‘juízo’ decisórios com os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos e, sobretudo, com os princípios jurídicos fundamentais que regem a atividade administrativa (igualdade, imparcialidade, boa-fé, segurança jurídica, proporcionalidade, racionalidade e razoabilidade)” [...]. No que respeita à metodologia do controlo judicial sobre o juízo de discricionariedade técnica da AdC, entende-se que “o juiz não reexamina a decisão discricionária em si, como se fosse um segundo decisor do caso (não procura encontrar a decisão que tomaria se fosse autor do acto), mas procede a testes de juridicidade, para, no uso dos seus poderes de fiscalização, verificar se a decisão do órgão administrativo comporta erros relevantes, incumprimentos ou desrespeito de direitos ou ofensa a princípios jurídicos fundamentais”. Os parâmetros enunciados mostram-se conformes com a jurisprudência comunitária sobre a matéria, que, em geral, tem sustentado o seguinte: “a fiscalização exercida pelo juiz da União sobre as apreciações económicas complexas da Comissão deve limitar-se à verificação do respeito das regras de processo e de fundamentação, da inexatidão material dos factos, bem como da inexistência de erros manifestos de apreciação e de desvio de poder. [...]”

No Brasil, o mesmo ocorre, passando a decisão da agência a ter certa preponderância sobre aquelas que poderiam ser tomadas pelo Poder Judiciário.

Tribunal Regional Federal da 1ª Região TRF-1³¹⁸

“ADMINISTRATIVO. REGISTRO DE MEDICAMENTO COMO “GENÉRICO”. ANVISA. ATO DISCRICIONÁRIO. APRECIÇÃO PELO JUDICIÁRIO DO MÉRITO ADMINISTRATIVO. IMPOSSIBILIDADE. DANO À ORDEM ADMINISTRATIVA. SUSPENSÃO DA LIMINAR.

³¹⁷ Processo nº 5.157YQSTR-A.

³¹⁸ AGSS 37194 DF 2001.01.00.037194-6.

1. Liminar, em ação civil pública, suspensiva de resolução da ANVISA, que, no exercício de sua atribuição legal, concedera registro de medicamento genérico ao produto “Gengraf, Ciclosporina Modificada Abbott”, sob o único fundamento de que este produto não possui a mesma biodisponibilidade do medicamento de referência “Sandinum Neoral”. 2. Cumpre, ao Judiciário, examinar o ato administrativo discricionário unicamente sob o aspecto da legalidade, sendo-lhe vedado ingressar no campo reservado ao seu mérito (conveniência e oportunidade). 3. Decisão que causa grave dano à ordem administrativa, por ferir a independência dos Poderes. [...]”

O que se quis demonstrar com a transcrição dos precedentes acima foi que os poderes clássicos do Estado, na hipótese, o Poder Judiciário de Portugal e o do Brasil, já incorporaram e aceitaram o conceito resultante de uma decisão econômica relativa à privatização da operação de determinadas atividades, que transferiu para as agências reguladoras a tarefa não só de regular as atividades setoriais, como também de decidir, com preponderância sobre o Judiciário, sobre os conflitos surgidos dentro do setor regulado.

Essa flexibilização, traz para o direito luso-brasileiro institutos próprios da *common law*, verificando-se uma clara inspiração no modelo norte-americano, no qual o direito das agências compõe a tradição do seu direito administrativo.

Nesse contexto, a quebra do paradigma clássico de produção normativa estatal pelos Parlamentos e Juízes é fruto da reorganização dos fatores de produção, com a crescente retirada do Estado da operação das atividades econômicas.

O fato de a *normatização* não ser, nesses casos, produzida por representantes do povo que detivessem representatividade democrática não impediu que as *agências* criassem normas e proferissem decisões que passaram a pautar a atuação dos agentes econômicos e sociais quanto aos mais variados temas, que vão da saúde pública à aviação civil.

Portugal adotou agências reguladoras para atuação em atividades (a) exercidas no mercado financeiro, relativas a valores mobiliários e seguros; (b) relacionadas a infraestruturas relativas a serviços energéticos, de comunicação, de transportes – inclusive aviação civil –, de águas e resíduos; (c) da saúde. Além disso, as agências podem, também, atuar nas disputas empresariais no (d) campo da concorrência.³¹⁹

³¹⁹ Ver artigo 3º, da Lei-Quadro portuguesa nº 67/2013, que estabelece as entidades reguladoras e os temas regulados.

Já no Brasil, o sistema de agências opera nas seguintes áreas: (a) aviação civil; (b) telecomunicações; (c) energia elétrica; (d) exploração do petróleo; (e) saúde suplementar; (f) transportes aquaviários; (g) cinema; (h) transporte terrestre; (i) abastecimento de águas; (j) energia elétrica e saneamento e (l) vigilância sanitária, afetando as normas e decisões tomadas pelas agências reguladoras não só a organização do dia a dia das pessoas, como, também, a qualidade de vida da população.

III.c) Organização setorial do direito

A transformação do Estado em regulador das atividades econômicas, aliada à ampla globalização, além de potencializar o surgimento de um “direito de agências”, abriu espaço para a organização setorial do direito, com a percepção de fenômenos normativos privados, tanto pelo lado da confecção das normas, quanto pelo da aplicação.

Nesse contexto, para além da verificação da formação de um direito híbrido a reger as relações econômicas, percebe-se o aparecimento de um direito *privado* de criação setorial, como é o caso da *nova Lex Mercatoria*, tratado no título IV.b.2, a seguir.

A criação de um *direito setorial* não limitado ao conceito tradicional de Estado nacional soberano, já que ultrapassa os limites territoriais nacionais, busca adequar-se aos múltiplos interesses de uma comunidade humana cujas relações se organizam em um ambiente de globalização econômica.

No caso da Europa Ocidental, a utilização pelos países que integram a União Econômica Europeia de uma só moeda, o Euro, aponta para alterações em relação ao conceito de soberania. Isto porque a cunhagem individual e própria da moeda nacional, sob a ótica histórica, era colocada como um dos atributos, além de característica do conceito clássico de Estado soberano.³²⁰

Cabe, aqui, um pequeno desvio na rota do raciocínio, apenas para ressaltar que a transferência e a apropriação, pelo setor privado, da operação das atividades econômicas já alcançaram o setor financeiro e o monetário. Assim, se a quebra do monopólio estatal legislativo e decisório já é um fato, a abertura do mercado para cunhagens virtuais de *criptomoedas*, lideradas pela *bitcoin*, vem ganhando terreno. Hoje, já não é possível afirmar que a cunhagem da moeda é uma atividade exercida de forma monopolista por determinado Estado soberano.

A centralidade dos sistemas monetários nacionais, fundada na circulação do papel-moeda do Estado, regulada por regras postas por órgãos estatais específicos – na

³²⁰ Marcelo Caetano, *A depreciação da Moeda depois da Guerra*, Coimbra Editora, Coimbra, 1931, p. 227.

hipótese, os Bancos Centrais –, não se apresenta relevante para as moedas virtuais. Em verdade, quando se observa a forma de circulação das moedas virtuais, a lógica da centralidade se inverte, pois não há um ente regulador centralizador, operando o sistema em rede via *blockchain*.

O pequeno desvio feito acima teve como intenção realçar o fato de que as relações econômicas e pessoais tendem a se organizar não mais orbitando um polo centralizador, mas, sim, atuando em rede, fenômeno esse que atinge o direito tradicional, baseado e organizado por meio de centralidades normativas, como se pode constatar no direito dos Códigos.

A descentralização e a globalização da operação das atividades econômicas, notadamente a partir dos programas de privatização, contribuíram para que o mercado buscasse a criação de regras setoriais para reger suas atividades, normas essas que, em parte, são produzidas por organizações não estatais que gozam de reconhecimento institucional.

Nota-se, aqui, a ampliação das fontes normativas, que passam a incluir não só o *direito setorial das Agências*, como também normas de produção *privada*. Neste ponto, passa a ser relevante o debate sobre a possível perda do protagonismo decisório dos Parlamentos nacionais em temas relativos a vários setores econômicos.

Tem-se, assim, que a regência das atividades econômicas desenvolvidas em um ambiente global, com protagonismo para o setor privado, deixa de ser feita de forma preponderante pelo *direito dos Códigos* e avança para uma *regulação setorial fragmentada*, em especial no plano transnacional, que não demanda como pilar justificador uma norma fundamental, como lecionava Kelsen.³²¹

Nessa perspectiva, há quem sustente que o direito prossegue para a etapa de *descodificação*, perdendo os códigos o papel de serem os pontos normativos centralizadores do sistema,³²² a partir dos quais as demais normas destinadas a pautar casos especiais seriam criadas. Subverte-se a premissa da centralidade dos códigos, para se perceber a multiplicidade das normatizações jurídicas setoriais, sejam elas puramente estatais, híbridas ou privadas, organizando as atividades econômicas.

Com a redução da força gravitacional que, antes, os códigos exerciam sobre as demais normas especiais, se percebe uma fragmentação do direito, que deixa de ser

³²¹ Hans Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, trad. João Baptista Machado, 6. ed., Martins Fontes, São Paulo, 1998.

³²² Ángeles Galiana Saura, “La expansión del Derecho flexible y su incidencia en la producción normativa”, in *Anuario de Filosofía del Derecho – AFD*, 2016 (XXXII), p. 297-322, ISSN: 0518-0872.

submisso à organização por ramos, esta anteriormente inserida em uma dicotomia direito privado/direito público, a partir da qual os ramos do direito, normalmente, têm sido estruturados.

Ao citar a metáfora do sistema em rede, Tércio Ferraz Junior sinaliza para o fato de que a organização do conjunto deixa de obedecer à clássica divisão em forma de “ramos”, surgindo uma “lógica” diferente, que teria como raiz a globalização e a pós-modernidade.³²³

Quando se analisa o tema no cenário transnacional, “[a] situação que se vislumbra é a do direito ir se fragmentando cada vez mais, diferenciando-se em ordens mais ou menos coerentes, organizando-se de modo a enfrentar problemas sociais específicos. [...] A rigor, até mesmo na *Lex mercatoria*, segundo acepção aqui utilizada, verifica-se uma reespecificação de programas normativos orientada às questões, setores e indústrias do sistema econômico global – e.g. *Lex petrolea*, *Lex constructionis*, *Lex finanziaria*. O tema da *fragmentação do direito internacional* aponta exatamente para essa tendência”.³²⁴

A implantação de um modelo de Estado Regulador neoliberal que viabilizou o surgimento do direito interno de agências, importado do modelo da *common law* norte-americana,³²⁵ produziu normas setoriais importantes para a organização da vida econômica e social, percebendo-se que esses regramentos não orbitam ao redor de um Código específico, mas atuam por meio de um sistema de rede que interage com outras normas, estatais e não estatais, nacionais e internacionais.

Nota-se que o direito regulador nacional interage com a regulação internacional, tendo em conta que determinadas atividades são exercidas ou geram impactos para além das fronteiras geográficas e políticas, verificando-se, aqui, direitos setoriais atuantes em relações transfronteiriças.

Para dar concretude a essa afirmação, basta pensar na questão da emissão de CO₂. Não parece eficaz, para a espécie humana e para o planeta, uma regulação relativa às emissões que se limite ao espaço político geográfico de determinado país, já que os efeitos dos excessos de emissões poderão ser sentidos por países limítrofes ou mesmo, em seu limite, por todo o planeta.

³²³ Tercio Sampaio Ferraz Junior, prefácio à obra de Rodrigo Octávio Broglia Mendes, *Arbitragem, Lex Mercatoria e Direito Estatal: uma análise dos conflitos ortogonais no Direito Transnacional*, Quartier Latin, São Paulo, 2010, p. 19/20.

³²⁴ Rodrigo Octávio Broglia Mendes, *Arbitragem, Lex Mercatoria e Direito Estatal: uma análise dos conflitos ortogonais no Direito Transnacional*, Quartier Latin, São Paulo, 2010, p. 154.

³²⁵ Gustavo Binenbojm, “Agências Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil”, in *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 240, p. 147-165, abr.-jun. 2005, p. 147.

Por outro lado, a pretensão de deixar ao Estado a tarefa de regular relações transfronteiriças “[...] se baseia numa concepção teórica de que o Estado é o único agente com capacidade para impor condutas, e através da imposição de sanções, estabilizar as expectativas que se formam na sociedade”.³²⁶ Esse paradigma pode ser alterado pela forma de atuar do setor privado e dos blocos econômicos, que poderão fixar, como pressupostos para a compra de determinados bens, critérios quanto à sua forma de produção.

Nesse caso, havendo ou não uma normatização estatal, poder-se-á verificar uma forma de atuação comercial pautada por valores e princípios que sejam importantes para a humanidade, como, por exemplo: (a) baixa emissão de CO₂ por veículos automotores; (b) não utilização de mão de obra análoga à escrava; (c) não destruição de florestas nativas.

Neste sentido, o direito decorrente do Estado Regulador neoliberal não pode se aprisionar em espaços nacionais, nem em monopólios estatais.

Cogita-se uma alteração relevante na forma de produção do direito, que não passa necessariamente pelo Parlamento de um só Estado soberano, mas busca formar-se setorialmente, concorrendo, para tal, fontes estatais, híbridas e privadas. Em relação às fontes estatais não clássicas, notadamente ao *direito das agências*, a participação dos agentes atuantes no setor regulado pode amenizar o natural *déficit democrático* que marca a forma de nomeação dos dirigentes das agências, cuja escolha, regra geral, não comporta eleições diretas,³²⁷ não resultando as normas criadas de manifestações próprias da democracia representativa.

Neste ponto, se, de um lado, parece ser exagerada a afirmação de que o *Estado Regulador* deu causa à captura da forma clássica de produção da norma estatal, por outro, é necessário reconhecer a existência de uma divisão de competências.

Embora a participação daqueles que atuem no setor possa atenuar o *déficit democrático*, não há garantias de que as normas produzidas dessa forma sejam as mais adequadas à manutenção do equilíbrio dos interesses inerentes às relações sociais e econômicas em desenvolvimento.

A dúvida em relação a esse ponto aumenta quando o tema é tratado no contexto de países em desenvolvimento, onde se verifica que corporações econômicas tendem a deter poder de organização maior que o de outros setores da sociedade, o que torna

³²⁶ Rodrigo Octávio Broglia Mendes, *Arbitragem, Lex Mercatoria e Direito Estatal: uma análise dos conflitos ortogonais no Direito Transnacional*, Quartier Latin, São Paulo, 2010, p. 35.

³²⁷ No Brasil, os dirigentes das Agências Reguladoras são nomeados pelo chefe do Poder Executivo.

possível àquelas exercerem mais influência na formação da norma que regerá o setor no qual atuam. Esse desequilíbrio não se apresenta como único problema, pois há o risco de captura do próprio agente regulador pelo setor submetido a sua regulação, passando o regulador a atuar como representante dos interesses do mercado, quando sua missão precípua é corrigir as *falhas do mercado* na busca de *bem-estar e eficiência*.

No curso do desenvolvimento desta tese, o que se buscou investigar foi o fato de o direito estar passando por modificações relevantes em relação à sua forma de produção e de aplicação, verificando-se a existência de fontes ora híbridas, ora não estatais, que contradizem a tese monista, e se retoma o pluralismo normativo, em que concorrem para a regulação das relações econômicas tanto as regras estatais clássicas, quanto as híbridas e privadas.

Essa mudança apresenta-se como movimento compatível com a transferência da operação das atividades econômicas para o setor privado, feita em um cenário de globalização, restando natural o desejo dos setores regulados de elegerem as regras sob a batuta das quais devem desenvolver suas atividades. Passam os Estados a sofrer uma diminuição da “soberania regulatória”, transferida para conglomerados empresariais multinacionais e organizações econômicas “interestaduais”, como observa Vital Moreira.³²⁸

Dessa forma, “tem-se afirmado frequentemente que, em razão do processo de globalização, o Estado tem perdido em grande medida sua capacidade de regulação. Além disso, em reação às exigências sociais, verificou-se um incremento da criação de ordens normativas privadas (*private ordering*) que, evidentemente, podem entrar em conflito com as ordens estatais”.³²⁹

A primeira quebra do paradigma da forma de produção normativa regedora das atividades econômicas pode ser observada no protagonismo dado ao *direito de agência*, composto não só pelas regras materiais criadas para o setor, como, também, pelas decisões proferidas em casos concretos. A segunda quebra será explorada mais adiante, quando se verificará a existência de normas de produção totalmente privada regendo atividades econômicas e comerciais.

Estruturando-se de forma setorial, passam a compor o direito tanto normas resultantes do processo legislativo desenvolvido nos parlamentos, quanto aquelas oriundas das agências reguladoras e, ainda, as formuladas pelo setor privado em sede de

³²⁸ Vital Moreira, *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*, Almedina, Coimbra, 1997, p. 45/46.

³²⁹ Rodrigo Octávio Broglia Mendes, *Arbitragem, Lex Mercatoria e Direito Estatal: uma análise dos conflitos ortogonais no Direito Transnacional*, Quartier Latin, São Paulo, 2010, p. 29.

autorregulação, verificando-se uma pluralidade de fontes distante do clássico direito dos Estados soberanos.

CAPÍTULO IV

NORMATIZAÇÕES SETORIAIS PRIVADAS

IV.a) *Soft law*

Importante observar que o aparecimento de um direito setorial de agências estatais e mesmo de um direito *não estatal* a regularem atividades relevantes já não pode ser tratado, hoje, apenas no âmbito de um ramo de estudo do direito, tal como o do direito comercial, do administrativo ou do internacional, já que extrapola os limites do campo de estudo dessas cadeiras, demandando uma análise interdisciplinar.

Nesta linha, torna-se forçoso observar que a própria função regulatória, antes exercida pelos Estados Nacionais, desloca-se para um espaço transnacional, e a atividade que era tomada como um monopólio estatal – a produção de normas – passa a ser exercida também por entidades híbridas ou exclusivamente privadas.

Essa regulação, híbrida ou privada, pode ser concebida como “um novo corpo de regras, práticas e processos, criado primariamente por atores privados, empresas, ONGs, especialistas independentes, tais como aqueles que determinam padrões técnicos, e comunidades epistêmicas, ou exercendo poderes regulatórios autônomos, ou implementando poder delegado, conferido pelo direito internacional ou pela legislação nacional”.³³⁰

Verifica-se, a partir da constatação da existência de normas temáticas transnacionais, que vários ramos do direito vêm tentando apreendê-las como um fenômeno atinente aos seus domínios, desenvolvendo-se na seara do direito comercial a tese da *nova Lex Mercatoria*, tema do título IV.2.b deste trabalho.

Sob a investigação do direito administrativo, busca-se construir o que seria um direito administrativo global, que poderia ser definido da seguinte forma:

“[...] conjunto de mecanismos, princípios, práticas e compreensões sociais de apoio que promovem ou de alguma forma afetam a *accountability* dos órgãos administrativos globais. Isso para que se assegure, em particular, que eles obedeçam a padrões adequados de transparência, participação, decisão motivada e legalidade, com a possibilidade de revisão efetiva das normas e decisões adotadas. Entre os órgãos administrativos globais estão os organismos reguladores intergovernamentais formais, as redes e arranjos de coordenação intergovernamentais informais, órgãos híbridos público-privados e alguns

³³⁰ Salem Hikmat Nasser, “Direito Global em Pedacos: Fragmentação, Regimes e Pluralismo”, in *Revista de Direito Internacional*, v. 12, n. 2, 2015, p. 98-126.

organismos reguladores privados que exercem funções de governança transnacional com o devido reconhecimento público”.³³¹

Em sede de Sociologia do Direito, área do saber que se ocupa da relação entre o direito e a realidade,³³² parece importante destacar a alteração de paradigmas que o surgimento dessa *realidade normativa* (que independe da atividade legislativa estatal clássica) está provocando. Tais normas, que não pertencem ao direito de *um* Estado nacional, passam a pautar comportamentos coletivos em temas relevantes.

Como antes narrado, o Professor Paulo Otero lecionou sobre essa alteração de paradigma, em que o Estado nacional não é mais o soberano absoluto da produção legislativa, quando deixa o sistema de funcionar a partir de uma visão monista das fontes, afirmando aquele autor que a sustentação de que o Estado é a única fonte produtora de direito revela uma ilusão.³³³

Nesse contexto, podem ser vistas, além da *hard law*, comumente ligada ao direito estatal tradicional, dotado de obrigatoriedade e meios de impor seu cumprimento, também as *soft laws* que, embora exerçam influência nos comportamentos, não seriam dotadas de obrigatoriedade.

Francis Snyder afirma que as *soft laws* seriam “regras de conduta que, em princípio, não têm força vinculativa, mas que, no entanto, podem ter efeitos práticos”.³³⁴

A parte final da definição de Snyder de *soft laws* – “[...] *podem ter efeitos práticos*” – coloca novamente em debate a questão da efetividade das normas, pois, como já foi ponderado acima,³³⁵ pouco ou nada adianta a existência de uma norma estatal formal que reúna todos os pressupostos intrínsecos para ser tomada como jurídica, porém, que habite exclusivamente o campo do dever ser, sem qualquer atuação no plano do ser, não interferindo, nem moldando o comportamento humano. Sob a ótica da eficácia e

³³¹ Benedict Kingsbury, Nico Krisch e Richard B., “A Emergência de um Direito Administrativo Global”, in *Ensaio sobre o direito administrativo global e sua aplicação no Brasil* [recurso eletrônico], Michelle Ratton Sanchez Badin (org.), FGV Direito SP, São Paulo, 2016, p. 13.

Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17512/Ensaio-sobre-o%20direito-administrativo-global.pdf> Acesso em: 9 jan. 2020 às 09:26 h., hora de Brasília.

³³² Sílvia Alves, *Lições Preliminares de Sociologia do Direito*, AAFDL Editora, Lisboa, 2018, p. 16.

³³³ Paulo Otero, “Fragmentação da Constituição Formal”, in *O Direito Contemporâneo em Portugal e no Brasil*, coordenadores Ives Gandra da Silva Martins e Diogo Leite de Campos, Almedina, Coimbra, 2004, p. 7.

³³⁴ Francis Snyder, “Soft Law and Institutional Practice in the European Community”, in S. Martin (ed.), *The Construction of Europe: Essays in honour of Emile Noël*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 1994, p. 198, apud Ana Sílvia Falcão Mestre Efigênia, “O princípio ‘comply or explain’ e a ‘soft law’”, in *Revista Eletrônica de Direito*, n. 1, fev. 2015, p. 7.

³³⁵ Vide título II, f) Pluralismo Jurídico, deste trabalho, no qual o tema *efetividade da norma* é tratado.

efetividade, normas menos formais poderão ser mais efetivas na regulação de práticas e condutas adotadas em vários setores.

Ana Sílvia Falcão vale-se do conceito de Thibierge³³⁶ para afirmar “que os instrumentos de *soft law* são compostos, simultaneamente ou não, por três facetas: *mou* [mole], *flou* [fluido] ou *doux* [doce]. Quando compostos por premissas vagas e imprecisas, serão tidos como um direito fluido; quando não forem obrigatórios, serão um direito doce e se não previrem sanções serão um direito mole. Logo, um instrumento jurídico pode ser triplamente *soft* quanto ao seu conteúdo, obrigatoriedade e efeitos.

Por vezes, a flexibilidade da regra jurídica pode ser verificada mediante o conteúdo flexível do texto, noutras, mediante a força não vinculante dos instrumentos jurídicos”.³³⁷

O interessante da abordagem desenvolvida por Ana Sílvia Falcão é que ela coloca a *soft law* dentro do campo de incidência e análise do direito, reconhecendo sua validade como norma jurídica, ainda que sua obrigatoriedade esteja submetida a uma gradação.

Assim, como pontua a referida autora, duas posições podem ser tomadas: uma que parta de um pressuposto binário, fundado na obrigatoriedade, portanto, norma que não seja obrigatória não é jurídica, tema já relativizado acima,³³⁸ e outra que transcenda essa visão para entender que entre o obrigatório e o não obrigatório existe um espaço de “normatividade gradual”.³³⁹ “Nesta visão contínua considera-se que o direito pode ter uma variedade de impactos jurídicos, bem como efeitos diretos e indiretos, mais fortes ou mais fracos. Normatividade gradual significa que o direito pode ser ‘harder’ ou ‘softer’, e que existe uma continuidade entre ‘hard’ e ‘soft’.”³⁴⁰

Outros autores,³⁴¹ a propósito de enfrentar o tema relativo à evolução da *soft law* em sede de direito internacional, apontam que a doutrina estabelece três categorias básicas desses tipos de normas:

“a) normas jurídicas obrigatórias dotadas de conteúdo impreciso, vago, genérico;

³³⁶ Catherine Thibierge, “Le droit souple: réflexion sur les textures du droit”, *RTD Civ.*, 2003, p. 1, apud Ana Sílvia Falcão Mestre Efigênia, “O princípio ‘comply or explain’ e a ‘soft law’”, in *Revista Eletrônica de Direito*, n. 1, fev. 2015, p. 7.

³³⁷ Catherine Thibierge, “Le droit souple: réflexion sur les textures du droit”, *RTD Civ.*, 2003, p. 1, apud Ana Sílvia Falcão Mestre Efigênia, “O princípio ‘comply or explain’ e a ‘soft law’”, in *Revista Eletrônica de Direito*, fevereiro 2015, n. 1, p. 7.

³³⁸ Vide título II, b, deste trabalho.

³³⁹ Ana Sílvia Falcão Mestre Efigênia, “O princípio ‘comply or explain’ e a ‘soft law’”, in *Revista Eletrônica de Direito*, n. 1, fev. 2015, p. 8.

³⁴⁰ Ibidem, p. 8.

³⁴¹ Liziane Paixão Silva Oliveira e Márcia Rodrigues Bertoldi, “A Importância do Soft Law na Evolução do Direito Internacional”, in *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, ano 1, n. 10, 2012.

- b) atos produzidos pelos Estados de caráter não obrigatório, tais como as declarações de política;
- c) são ainda tidas como *soft law* as resoluções, decisões ou outros instrumentos produzidos pelos órgãos das organizações internacionais”.³⁴²

Os dois primeiros tipos de *soft law* não demandam análise neste título, pois derivam de manifestações estatais feitas, regra geral, por intermédio dos órgãos institucionais dos Estados subscritores dos instrumentos legais.

Entretanto, na terceira categoria, estão todos os instrumentos produzidos por órgãos não estatais, mas que, dados a intensidade e o reconhecimento de suas atuações, criam um razoável grau de obrigatoriedade em relação aos seus preceitos, interferindo em diversos setores da vida global, tais como o econômico, o tecnológico, o financeiro, o meio ambiente etc., causando impactos relevantes na vida de diversas comunidades.

Neste sentido, as definições de *soft* ou de *hard law* – que, geralmente, partem de uma abordagem que as enxerga a partir do critério da obrigatoriedade, por vezes atribuindo às *soft laws* a função de normas de princípios ou, pelo critério binário, normas não jurídicas,³⁴³ já que não dotadas de obrigatoriedade –, parecem não bastar para apreender o fenômeno em sua integralidade. Isto porque, além das características acima descritas, parte das *soft laws* não deriva do Estado, revelando essa flexibilização do direito a admissão de produções normativas não estatais.

Ora, se em sede de *hard law* fala-se de um direito obrigatório no plano do *dever ser*, mas que, no plano do *ser*, por vezes pode apresentar-se inexistente ou mesmo como um falso direito, ganha relevo uma *soft law* cuja obrigatoriedade não possa ser imposta pelo aparato estatal,³⁴⁴ mas para a qual a adesão voluntária e consensual, pautada pelo convencimento dos interlocutores, a torne obrigatória, produzindo efeitos relevantes no plano do *ser*.³⁴⁵

³⁴² Liziane Paixão Silva Oliveira e Márcia Rodrigues Bertoldi, “A Importância do Soft Law na Evolução do Direito Internacional”, in *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, ano 1, n. 10, 2012, p. 6.274.

³⁴³ Salem Hikmat Nasser, “Direito Global em Pedacos: Fragmentação, Regimes e Pluralismo”, in *Revista de Direito Internacional*, v. 12, n. 2, 2015, p.110.

³⁴⁴ Há casos em que é possível a utilização do aparato estatal para exigir o cumprimento de norma privada. Como exemplo, cita-se a execução judicial do laudo arbitral proferido por árbitro privado. Ver art. 47 da Lei portuguesa n.º 63/2011, de 14 de dezembro.

³⁴⁵ “Portanto, o uso disseminado do *soft law* transnacional tem impactado a forma de pensar a legalidade administrativa sob o aspecto institucional, pois a força persuasiva das diretrizes regulatórias internacionalmente estipuladas, sobretudo em deliberações consensuais, é evidente e tem se prestado a servir de critério internacional de julgamento de desempenho dos países e instituições políticas em geral. Especificamente no âmbito do funcionamento regulatório da Administração Pública contemporânea, a tendência de aderência e de adaptação institucional dos entes e órgãos administrativos domésticos dos países aos padrões aceitos internacionalmente, incluindo-se a influência sobre o conteúdo da regulação, tem revelado uma força vinculativa impressionante e inimaginável há décadas atrás, podendo-se falar, inclusive, de um incipiente direito administrativo global.” Gustavo Binenbojm, *Poder de Polícia, Ordenação*,

A existência de *soft laws* de produção privada, utilizadas como normas de comportamento em temas setoriais relevantes, indica que não só em sede teórica, como, também, empírica, podem ser encontradas normas com conteúdo jurídico nascidas de produção não estatal, indicando que o pluralismo de fontes agrupadas setorialmente parece ser o novo vetor de formação de parte do direito, a partir do final do século XX.

IV.b) Pluralismo jurídico e *Lex Mercatoria*

Os comerciantes e mercadores com atuação em um espaço geográfico que ultrapasse os limites políticos de determinada nação soberana, Estado, ou mesmo Feudo, desde a Idade Média buscam padronizar as regras que regem esse comércio pretendendo, com esta ação, além de unificar padrões de comportamento, dar segurança às transações comerciais realizadas e solver as controvérsias derivadas de suas atividades.

A expressão *Lex Mercatoria* quer, assim, designar um sistema de regras, costumes e usos geralmente reconhecidos e utilizados por comerciantes tanto na regulação de suas ações, quanto na forma de solucionar seus litígios.³⁴⁶

Essa estrutura, que busca a autossuficiência, deriva do direito dos mercadores e de suas corporações e, embora remonte à Antiguidade, desenvolveu-se com maior força durante a Idade Média, persistindo até a fase das grandes codificações, quando foi, em boa medida, absorvida pelo direito dos Estados soberanos.

O tema parecia ter ficado adormecido no debate acadêmico do direito até que Berthold Goldman publicou artigo intitulado “Nouvelles Réflexions sur la Lex Mercatoria”,³⁴⁷ no qual debateu o reaparecimento desse sistema normativo.

Com a intensificação das trocas comerciais internacionais, bem como a adoção de um modelo econômico mundial fundado na globalização, relevantes instrumentos de *soft law* passaram a ser vistos como uma nova edição da *Lex Mercatoria*, sendo este conjunto normativo batizado de *nova Lex Mercatoria*.

Regulação. Transformações Político-Jurídicas, Econômicas e Institucionais do Direito Administrativo Ordenador, Ed. Fórum, Belo Horizonte, 2016, p. 312.

³⁴⁶ “MERCANTILE LAW. An expression substantially equivalent to the law-merchant or commercial law; It designates the system of rules, customs, and usages generally recognized and adopted by merchants and traders, and which, either in its simplicity or as modified by common law or statutes, constitutes the law for the regulation of their transactions and the solution of their controversies.” Henry Campbell Black, M. A., *Black’s Law Dictionary Definitions of the Terms and Phrases of American and English Jurisprudence, Ancient and Modern*, The Publisher’s Editorial Staff, St. Paul, Minn. West Publishing Co., 1968, p. 1.138. Disponível em: <http://heimatundrecht.de/sites/default/files/dokumente/Black%27sLaw4th.pdf> Acesso em: 9 jan. 2010

³⁴⁷ Berthold Goldman, “Nouvelles Réflexions sur la Lex Mercatoria”, in *Festschrift Pierre Lalive*, Basel, Frankfurt a. M. 1993, at 241 et seq. Disponível em: <http://www.trans-lex.org/112300> Acesso em: 9 jan. 2010 às 09:29 h., hora de Brasília.

Na definição de Rodrigues,

“A *nova Lex mercatoria* ou *new Law merchant* corresponde a um novo corpo normativo bastante amplo no que tange ao seu conteúdo, compreendendo: usos e costumes, modelos jurídicos: contratos tipo e formulários standard, contratos auto-normativos, contratos atípicos (sobretudo os tipos sociais), jurisprudência, princípios gerais do direito e, em especial, os princípios gerais em matéria contratual; por último, direito harmonizado, unificado e uniforme da contratação internacional”.³⁴⁸

Por derivar de normativos não estatais, configura a *nova Lex Mercatoria* caso de *pluralismo jurídico* no cenário econômico e comercial.

IV.b.1) *Lex Mercatoria* no medievo

A *Lex Mercatoria* parece ter atingido sua idade adulta na Idade Média.³⁴⁹

Muito embora se possa encontrar um direito dos mercadores já na *Lei do Mar de Rodes* de 300 a.C.³⁵⁰ (gregos e romanos) e haja referência à existência de normas próprias dos comerciantes em períodos históricos variados, tais como a “*Lex Rodhia de Jactu* [elaborada pelos fenícios], a *Nauticum Foenus* [criação romana], as *leis de Wisby* [que regulavam, em 1350, o comércio no mar Báltico], e a do consulado do Mar [coletânea de costumes do comércio marítimo reunida pela Corte Consular de Barcelona, no século XV]”,³⁵¹ certamente, foi na Idade Média que despontou um grupo de normas destinadas a reger o comportamento dos comerciantes, cuja produção espontânea não derivava do Estado, comprovando o que é afirmado por vários autores, entre eles, Gurvitch, Carbonnier e Boaventura,³⁵² que localizam no medievo o período em que tais normas tiveram maior visibilidade.

³⁴⁸ Ricardo Alexandre Cardoso Rodrigues, “As fontes da nova lex mercatoria: o início de uma nova alquimia reflexiva: métodos e reflexos; fluxos e impulsos”, *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca*, p.125-172, p. 127.

³⁴⁹ Idem, ibidem.

³⁵⁰ Roberto Epifanio Tomaz, Mario João Ferreira Monte e Osvaldo Agripino de Castro Júnior, “Nova Lex Mercatoria: Ordenamento Jurídico Supranacional (?)”, *Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica*, v. 19, n. 4, Edição Especial 2014, p. 1.364-1.384, p.1.369. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/6709> Acesso em: 9 jan. 2020 às 09:32 h., hora de Brasília.

³⁵¹ Erick Vidigal, “A *Lex Mercatoria* como fonte do direito do comércio internacional e a sua aplicação no Brasil”, in *Revista de Informação Legislativa*, n. 186, v. 47, Senado Federal brasileiro, 2010, p. 172.

³⁵² Vide o item II.f, deste trabalho.

Esse conjunto de normas, cujo nascimento está atrelado às atividades das sociedades cooperativas medievais,³⁵³ demonstra a existência de pluralismos jurídicos regendo as atividades econômicas e comerciais.

Conforme leciona Jorge Miranda, na fase histórica que antecede o Iluminismo e a Revolução Francesa, os *costumes* e princípios ético-jurídicos atuavam como normas regedoras do comportamento com maior relevância do que a lei estatal, principalmente por força da existência de sociedades fundadas em classes hierarquizadas.³⁵⁴ Nessa fase, a lei do Estado não prepondera na organização da sociedade.

Vidigal sustenta que “foi com o crescimento do comércio na Europa medieval, portanto, que se desenvolveu esse conjunto de regras denominado *Lex Mercatoria*, que alcançou, inicialmente, as cidades italianas e, posteriormente, a França, a Espanha, a Inglaterra e o restante da Europa, em razão do comércio oceânico desenvolvido em Gênova, Veneza, Barcelona, Marselha e Amsterdam”.³⁵⁵

Observa-se uma característica “transfeudal” ou “transnacional”³⁵⁶ nas normas corporativas³⁵⁷ que compunham a *Lex Mercatoria* medieval, que eram observadas de maneira transversal aos territórios, portanto, independentemente destes,³⁵⁸ fortalecendo a expansão comercial da época, inclusive no que se refere aos grandes empreendimentos marítimos.³⁵⁹

³⁵³ “Os comerciantes e artesãos se agrupavam nas chamadas Corporações de Ofício, ou guildas, que, à falta de uma centralização política, passaram a formular normas e consolidar costumes observados nas práticas comerciais, que aplicavam aos seus próprios membros, por meio dos tribunais consulares. O ingresso em uma corporação era feito através de um juramento (matrícula, precedente remoto do que viria a ser o registro de empresas) em que o comerciante se comprometia a observar os estatutos, obedecer aos cônsules e adotar uma postura ordeira. A matrícula lhes conferia a proteção da corporação – como hoje o registro garante direitos ao empresário, que se torna um empresário regular. [...] Em um mundo ainda politicamente pulverizado, antes da formação dos Estados Nacionais, a conquista de uma jurisdição própria, conhecedora do direito dos negócios, era um dos objetivos dos comerciantes. Estes tribunais, originariamente temporários, tornam-se permanentes, e através de suas decisões, exercem papel decisivo na fixação e consolidação desse então novo ramo do direito, cosmopolita.” Fabio Guimarães Bensoussan e Fernando Netto Boiteux, *Manual de Direito Empresarial*, Ed. Jus Podivm, 2018, p. 26.

³⁵⁴ Jorge Miranda, “Algumas Considerações sobre a Lei”, in *Administração*, n. 40, v. XI, 1998-2º, p. 373.

³⁵⁵ Erick Vidigal, “A *Lex Mercatoria* como fonte do direito do comércio internacional e a sua aplicação no Brasil”, in *Revista de Informação Legislativa*, n. 186, v. 47, Senado Federal brasileiro, 2010, p. 173.

³⁵⁶ Idem, p. 174.

³⁵⁷ Roberto Epifanio Tomaz, Mario João Ferreira Monte e Osvaldo Agripino de Castro Júnior, “Nova Lex Mercatoria: Ordenamento Jurídico Supranacional (?)”, *Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica*, v. 19, n. 4, Edição Especial 2014, p. 1.364-1.384, p.1.371. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/6709> Acesso em: 9 jan. 2020 às 09:32 h., hora de Brasília.

³⁵⁸ Idem, p. 1.371.

³⁵⁹ Roberto Epifanio Tomaz, Mario João Ferreira Monte e Osvaldo Agripino de Castro Júnior, “Nova Lex Mercatoria: Ordenamento Jurídico Supranacional (?)”, *Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica*, v. 19, n. 4, Edição Especial 2014, p. 1.364-1.384, p.1.371. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/6709> Acesso em: 9 jan. 2020 às 09:32 h., hora de Brasília.

Assim, “além de guardar especial diferença da legislação aplicada nessas localidades, normalmente sujeitas a comandos reais, feudais ou eclesiásticos, a *Lex Mercatoria* chamava a atenção por seu caráter transnacional e pela fidelidade aos usos e costumes mercantis – cuja manifestação máxima estava na ênfase à liberdade contratual – que eram aplicados pelos próprios mercadores ou pelas corporações de ofício, sempre em processo célere e informal”.³⁶⁰

A *Lex Mercatoria*, no período medieval, aparece como resultado natural da organização da sociedade dos mercadores por meio das corporações, sendo necessária certa padronização da atuação mercantil para viabilizar o fluxo das trocas em razão da existência de pluralidades de ordenamentos jurídicos na Europa medieval.

Interessante observar que, se a forma de organização da sociedade ocidental medieval propiciou o surgimento da *Lex Mercatoria*, com a posterior alteração dessa organização pela formação dos Estados nacionais, o direito dos mercadores foi capturado e absorvido pelo direito do Estado, ingressando nas grandes codificações do século XIX.³⁶¹

Neste sentido, a *Lex Mercatoria* existente em período anterior à formação dos Estados nacionais e ulteriormente incorporada aos seus ordenamentos jurídicos confirma a tese de Gurvitch³⁶² no que se refere ao processo de formalização do *fato normativo*.

No caso da *Lex Mercatoria* da Idade Média, o *fato normativo* já comportava positividade em momento anterior ao seu ingresso no direito do Estado, não sendo o processo de sua captura, formalização e correspondente ingresso no direito dos códigos estatais elemento *constitutivo* da norma preexistente, percebendo-se que a codificação desse direito dos mercadores operou apenas efeitos *declaratórios* em relação à norma que já existia e era aplicada às relações comerciais.

IV.b.2) Nova *Lex Mercatoria*

O debate sobre a existência de uma *nova Lex mercatoria* a operar no cenário das relações comerciais internacionais a partir de normas de produção não estatal que oferecem regramento a determinadas operações comerciais tem despertado o interesse

³⁶⁰ Erick Vidigal, “A *Lex Mercatoria* como fonte do direito do comércio internacional e a sua aplicação no Brasil”, in *Revista de Informação Legislativa*, n. 186, v. 47, Senado Federal brasileiro, 2010, p. 174.

³⁶¹ Código Comercial Francês de 1807. Vide “Código Mercantil da França, traduzido do francês, e oferecido ao muito alto e muito poderoso senhor D. Pedro I, Imperador Constitucional e Defensor Perpetuo do Imperio do Brasil por seu obediente súbdito Antonio José da Silva Loureiro. Official da Secretaria d’Estado dos Negocios Estrangeiros. Rio de Janeiro, Typographia Nacional, 1825”.

³⁶² Ver título II, f, deste trabalho.

dos teóricos do Pluralismo Jurídico, como Boaventura Santos, os quais enxergam a formação de um sistema jurídico mundial diverso do estatal.³⁶³

Assim, a abordagem do tema pode ser feita pela busca de respostas sobre se a *nova Lex mercatoria* configura ou não uma ordem jurídica supranacional,³⁶⁴ paralela aos sistemas normativos estatais.³⁶⁵

A abordagem dessa questão, entretanto, não é pacífica. O professor da Universidade do Minho, Mario João Ferreira Monte, coautor de artigo sobre o tema,³⁶⁶ não admite que seja a chamada nova *Lex mercatoria* uma ordem jurídica, isto por lhe faltarem os pressupostos necessários e característicos das ordens jurídicas, notadamente: (i) a presença de um corpo social construtor dessa ordem, (ii) a independência em relação a qualquer outra ordem jurídica e (iii) a inexistência de sanções que possam dar respaldo à aplicação coercitiva das normas integrantes dessa ordem.

Além dos fundamentos acima, segundo o artigo citado, duas outras preocupações impediriam o reconhecimento da nova *Lex mercatoria* como uma ordem jurídica supranacional: a primeira diz respeito ao *déficit* democrático que tal ordem conteria, já que teria sido criada *pelos* comerciantes e *para* os comerciantes, estando, assim, vinculada às “frias”³⁶⁷ regras de mercado, sem que a sociedade e o poder político dos Estados nacionais pudessem intervir na formulação dos respectivos preceitos normativos.³⁶⁸ Essa preocupação fica explícita na conclusão do referido artigo, onde se pode ler que “[...] a análise mais precisa de forma técnico-jurídica leva a crer que não se pode aceitar como sendo objetivo um direito (e uma jurisdição como a arbitragem) orientado exclusivamente pelas frias regras do mercado,[...]”. A segunda preocupação mencionada no artigo está

³⁶³ Boaventura de Sousa Santos, *A Crítica da Razão Indolente: Contra o Desperdício da Experiência*, Cortez, São Paulo, 2001, p. 206.

³⁶⁴ “De um lado, há uma grande fascinação pela produção privada de ordens transnacionais como a *lex mercatoria*. De fato, essa circunstância é fascinante e revela um aspecto novo da formação do direito hodierno, que é o convívio da produção pública e privada de regras jurídicas, ambas passando por instituições relativamente organizadas (e.g. Legislativos e Câmara do Comércio Internacional).” Rodrigo Octávio Broglia Mendes, *Arbitragem, Lex Mercatoria e Direito Estatal: uma análise dos conflitos ortogonais no Direito Transnacional*, Quartier Latin, São Paulo, 2010, p. 150.

³⁶⁵ “Ao lado das ordens jurídicas estatais e do direito internacional, diferenciam-se ordens jurídicas transnacionais, sem que recebam uma intervenção determinante dos Estados.” Rodrigo Octávio Broglia Mendes, *Arbitragem, Lex Mercatoria e Direito Estatal: uma análise dos conflitos ortogonais no Direito Transnacional*, Quartier Latin, São Paulo, 2010, p. 149

³⁶⁶ Roberto Epifanio Tomaz, Mario João Ferreira Monte e Osvaldo Agripino de Castro Júnior, “Nova Lex Mercatoria: Ordenamento Jurídico Supranacional (?)”, *Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica*, v. 19, n. 4, Edição Especial 2014, p. 1.364-1.384. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/6709> Acesso em: 9 jan. 2020 às 09:32 h., hora de Brasília.

³⁶⁷ Idem.

³⁶⁸ Idem.

ligada à assimetria econômica existente entre as nações, o que poderia expor grupos nacionais mais fracos à especulação financeira internacional.³⁶⁹

As observações referidas no parágrafo anterior revelam o incômodo que a ultrapassagem do Estado como núcleo formador de políticas econômicas e garantidor de certas igualdades provoca, não havendo confiança de que o próprio mercado internacional possa regular seu funcionamento de forma justa, ao prescindir da intervenção estatal.

Não obstante essas posições, o que se tem verificado é que a *nova Lex mercatoria* parece ser um “‘fato da vida’, independente da discussão acerca do seu caráter de ordem jurídica, ou mesmo prescindindo dele”.³⁷⁰

Assim, outra possibilidade de ver o tema (*nova Lex mercatoria*) será tomá-lo como uma das formas de manifestação dos *costumes* comerciais, que seria transportada do plano interno para o transnacional, regendo não só atos de comércio realizados nas praças inseridas em determinado sistema normativo estatal, como também os que têm curso entre praças diversas situadas em países diferentes. Com a complexidade do comércio internacional em tempos de globalização, as relações comerciais podem ser bilaterais ou multilaterais, comportando essas normas regras que serão aplicadas a negócios realizados entre empresas sediadas em vários Estados nacionais.

A abordagem da *nova Lex mercatoria* com base nos elementos do *costume*, sem dúvida, facilita a exposição, pois, além de ser o *costume* caro ao direito comercial e reconhecido pela legislação estatal,³⁷¹ poderá ser verificado se tais normas inseridas nesse conjunto denominado *nova Lex mercatoria* contêm os mesmos elementos constitutivos dos *costumes*, tais como *o uso continuado* e *a convicção de obrigatoriedade*. Ao se comprovar que estão presentes esses dois elementos, a norma *costumeira* poderia ser capturada tanto das práticas comerciais internas, quanto daquelas que ocorrem em um cenário de transações externas.

Assim, a *nova Lex mercatoria* se confundiria com os *costumes*; ou melhor dizendo, estaria inserida nas normas *costumeiras*, com a diferença de ter aplicabilidade em relações comerciais que ultrapassem os limites dos Estados, tanto em relação aos seus espaços geográficos, quanto políticos.

³⁶⁹ Idem.

³⁷⁰ Rodrigo Octávio Broglia Mendes, *Arbitragem, Lex Mercatoria e Direito Estatal: uma análise dos conflitos ortogonais no Direito Transnacional*, Quartier Latin, São Paulo, 2010, p. 61.

³⁷¹ É o caso da legislação brasileira. Vide art. 4º do Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942: “Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os *costumes* e os princípios gerais de direito.”

Outro enfoque de análise (ou de não análise) da matéria poderia partir da sua simples negação, classificando-se a *nova Lex mercatoria* como “[...] um mito, um enigma, um brinquedo acadêmico”.³⁷² A facilidade desta abordagem consistiria em afastar o problema da análise da *nova Lex mercatoria* do campo do direito, negando-se sua existência como conjunto normativo, sistema ou ordem jurídica.

Tanto o exame do tema pela lente dos *costumes* comerciais, quanto pelo não reconhecimento de sua relevância jurídica – seja por não constituir uma ordem ou por se negar sua existência, ainda que na forma de um conjunto de normas –, tendem a plotar sua localização topográfica para a margem do campo jurídico ou, efetivamente, para fora dele.

Ocorre que o reconhecimento desse conjunto normativo de produção não estatal atuando no mercado comercial internacional tem colocado em questionamento a própria nomenclatura – *nova Lex mercatoria* – de sorte que já há sustentação, como ressalta Rodrigo Broglia, para que se caminhe em direção ao reconhecimento de um “direito transnacional”, possibilitando incorporar a esse direito uma normatividade que ultrapasse o mero *costume* comercial.³⁷³

Berthold Goldman afirma que a *Lex mercatoria* não só existe, como está respondendo, progressivamente, aos desafios que lhe têm sido colocados.³⁷⁴

Portanto, a opção de simplesmente rejeitar a *nova Lex mercatoria* como fenômeno inserido no campo jurídico se, por um lado, é a mais simples, por outro, impede o jurista de avançar sobre o seu conteúdo e tratá-lo como inserido no direito.

Já a escolha de enquadrar a *nova Lex mercatoria* como meras regras de *costumes* pode implicar localizá-la como um conjunto de normas de hierarquia inferior às estatais, sendo estas, sim, relevantes sob a ótica jurídica, atuando os *costumes* como normas de preenchimento e integração que demandariam aceitação ou ratificação pelo sistema jurídico estatal como forma de validá-los.

Ultrapassada a simples negação do tema como pertinente ao direito e avançando ao seu exame sob a perspectiva dos *costumes*, em razão da força normativa destes em

³⁷² Rodrigo Octávio Broglia Mendes, *Arbitragem, Lex Mercatoria e Direito Estatal: uma análise dos conflitos ortogonais no Direito Transnacional*, Quartier Latin, São Paulo, 2010, p. 61.

³⁷³ Rodrigo Octávio Broglia Mendes, *Arbitragem, Lex Mercatoria e Direito Estatal: uma análise dos conflitos ortogonais no Direito Transnacional*, Quartier Latin, São Paulo, 2010, p. 34.

³⁷⁴ Ao apresentar o livro *Lex Mercatoria and Arbitration*, Berthold Goldman afirma: “I do think the jurist’s answer has come: the existing *lex mercatoria* is already answering the challenge and a will progressively answer it more and more: Excessive optimism? It might be – but, in any event, this book greatly encourages such optimism.” Berthold Goldman, *Lex Mercatoria and Arbitration*, ed. Thomas E. Carbonneau, 1998, Juris Publishing, introduction, p. xxii.

sede de direito comercial, poder-se-ia caracterizar a *nova Lex mercatoria* como uma ordem jurídica, ainda que dependente da ordem estatal.

Ao avançar ainda mais, a partir das teorias institucionalistas,³⁷⁵ já se poderia tomar a *nova Lex mercatoria* “como um produto da *societas mercatorum*, uma ordem jurídica desenvolvida no âmbito das instituições dessa sociedade”.³⁷⁶

Se o ponto de partida da análise for a tese dos *costumes* e sua força normativa, como pontuado, a tendência será a colocação da *nova Lex mercatoria* como uma ordem dependente de aceitação, admissão, reconhecimento e validação pelas ordens jurídicas estatais. Ao contrário, caso se admita a força institucional da *nova Lex mercatoria*, poderá esta reclamar um posicionamento horizontal em relação às ordens jurídicas estatais e, talvez, uma preponderância em determinados casos e temas.

Ao se admitir como integrantes da *nova Lex mercatoria* não só as normas materiais, como também as procedimentais e aquelas resultantes das decisões proferidas em sede de arbitragem internacional, seria possível pensar-se em um “regime autônomo”.³⁷⁷

Embora não seja tarefa absorvida por esta tese a caracterização da *nova Lex mercatoria* como uma ordem jurídica transnacional, portanto, diversa da estatal, desejando-se, aqui, simplesmente demonstrar uma manifestação de pluralismo jurídico

³⁷⁵ “Está se tornando consensual, nas discussões sobre as novas tendências teóricas e de investigação sociológica, apontar a perspectiva institucional como um dos construtos teóricos mais promissores juntamente com a perspectiva ecológica e de redes, para explicar o funcionamento e evolução da sociedade organizacional. Apesar da atualidade deste consenso, a teoria institucional emerge, nas ciências sociais, ao final do século XIX. Esta relativa antiguidade, entretanto, longe de estabelecer uma evolução linear e cumulativa, revela momentos de inflexão, mostra a dinâmica do campo e sugere a ocorrência de disputas pelo ‘monopólio da competência científica, compreendida enquanto capacidade de falar e de agir legitimamente’ [...]” (Bourdieu, 1983:122). Indica dinâmica, como alguns defendem, mas direcionada a objetivos analíticos revisados. Uma breve revisão histórica da teoria mostra um percurso de rupturas, retomadas, tanto no quadro da teoria social quanto no quadro específico das instituições. Todavia, submetida a questionamentos sistemáticos, a teoria institucional continua sendo capaz de oferecer compreensões alternativas e úteis para fenômenos sociais em diferentes épocas e contextos. A abordagem institucional, sob os adjetivos de velho ou de novo institucionalismo, tem sido explorada em diferentes vertentes – a política, a econômica e a sociológica –, que têm, cada uma, oferecido subsídios para o entendimento de fenômenos sociais em seus respectivos âmbitos do conhecimento. Sob a primeira, foram destacadas, originalmente em fins do século XIX, estruturas legais e formas particulares de governança, enquanto estudos da década de 1970 enfatizam questões como a autonomia das instituições políticas em face de pressões sociais e políticas institucionais promotoras de cooperação internacional.” Carvalho, C. A.; Vieira, M. F. V.; Goulart, S. “A Trajetória Conservadora da Teoria Institucional”, in *Gestão.Org*, v. 10, n. especial, p. 469-496, dez. 2012, p. 475.

³⁷⁶ Rodrigo Octávio Broglia Mendes, *Arbitragem, Lex Mercatoria e Direito Estatal: uma análise dos conflitos ortogonais no Direito Transnacional*, Quartier Latin, São Paulo, 2010, p. 63.

³⁷⁷ Rodrigo Octávio Broglia Mendes, *Arbitragem, Lex Mercatoria e Direito Estatal: uma análise dos conflitos ortogonais no Direito Transnacional*, Quartier Latin, São Paulo, 2010, p. 160.

na área comercial, o avanço sobre o tema permite analisar a relação que está sendo estabelecida entre a *nova Lex mercatoria* e as ordens jurídicas estatais.³⁷⁸

Isto porque, tomada a *nova Lex mercatoria* como uma ordem jurídica de origem diversa das estabelecidas pelos Estados soberanos, nascida aquela do movimento natural dos setores econômico, comercial e mesmo financeiro, novo problema surgirá e este estará afeto à forma de relação que será estabelecida entre essas ordens jurídicas coexistentes.³⁷⁹

Assim, parece importante colocar as possibilidades do tema, seja qual for a teoria utilizada para dar suporte ao seu desenvolvimento, para constatar o *fato* de que existem normatizações *jurídicas* para além do monopólio da produção e do espaço estatal, o que já foi percebido e vem acontecendo no comércio internacional: criam-se direitos e obrigações, solucionando-se conflitos entre partes (caso da arbitragem privada) sem a necessária participação dos órgãos tradicionais dos Estados, notadamente, os Parlamentos e os Juízes.

Tem-se, assim, que o reconhecimento da existência da *nova Lex mercatoria* como uma ordem jurídica poderá ensejar problemas com os quais o direito não tem lidado com frequência, já que sedimentou em sua doutrina um discurso preponderante no sentido de entender como direito somente aquele proveniente da ordem jurídica estatal e não de qualquer outra, que poderá ser tida, inclusive, como inexistente.

Broglia Mendes, ao se referir ao direito internacional privado, reconhece essa dificuldade, ao afirmar que este ramo do direito funda-se na perspectiva estatal.

Vale a transcrição de passagem que bem ilustra o pensamento desse autor:

“A dificuldade que se encontra, contudo, é que o direito internacional privado desenvolveu-se fundamentalmente a partir da perspectiva do Estado, segundo a qual a avaliação acerca da aplicação da regra jurídica do outro Estado era considerada, porquanto ambos reconheciam-se como iguais, como soberanos e que, por essa razão, deveriam reconhecer o produto de ato soberano de outros Estados. Essa perspectiva, certamente, não tem como ser compartilhada com a *lex mercatoria*, de tal sorte que se compreende o porquê de ordens jurídicas estatais, na maioria das vezes, não reconhecerem direito não estatal.”³⁸⁰

³⁷⁸ Ibidem, p. 163.

³⁷⁹ Ibidem, p. 95.

³⁸⁰ Rodrigo Octávio Broglia Mendes, *Arbitragem, Lex Mercatoria e Direito Estatal: uma análise dos conflitos ortogonais no Direito Transnacional*, Quartier Latin, São Paulo, 2010, p. 134/135.

Entretanto, ao se tomar a *nova Lex mercatoria* como um *fato* das relações comerciais, seja ela apenas um conjunto normativo ou uma verdadeira ordem jurídica – admitindo-se, portanto, a sua existência –, pode-se avançar na análise, verificando-se que sua produção não deriva do Estado, o que aponta para a admissão de uma legitimidade regulatória de fontes não estatais sobre certos aspectos da vida, na hipótese deste título, direcionadas às atividades comerciais.

No plano econômico contemporâneo, notadamente nas relações comerciais, a constatação de um conjunto de normas jurídicas de produção não estatal tem levado à consideração de uma dualidade de ordens jurídicas que operam individual ou conjuntamente, regendo as transações feitas em um ambiente transnacional.

Ao se considerar o conjunto de normas inseridas na *nova Lex mercatoria* como uma verdadeira ordem jurídica supranacional, ou apenas como um entre tantos outros conjuntos de normas, devem seus preceitos ser incluídos no campo do direito, não se podendo ignorar sua existência.

Isto porque a constatação dessa dualidade ou mesmo pluralidade jurídica em sede de comércio internacional faz com que já comecem a surgir problemas relativos a possíveis conflitos normativos entre as ordens e suas formas de resolução, sendo questionada a capacidade da teoria formal do direito, notadamente nas vertentes positivistas, de contribuir neste tema, já que há uma tendência nessa linha de pensamento de simplesmente negar a existência de qualquer ordem jurídica normativa que não derive das tradicionais fontes estatais.

Questiona-se, então, “[...] em que medida a teoria do direito pode contribuir [...] de forma a considerar a possibilidade de conflitos entre transnacionais e estatais, sem que uma exclua, *a priori*, a outra, isto é, [em] que tanto *lex mercatoria* quanto a ordem jurídica estatal não se mostrem reciprocamente ‘cegas’”.³⁸¹

O antecedente lógico à constatação e à resolução de conflitos entre ordens jurídicas consiste em admitir a coexistência de normatizações *jurídicas*, portanto, na admissão de *pluralismo jurídico*. Não atendida essa premissa, o jurista continuará a negar a existência de normatizações não estatais, mantendo-se preso à tradição de entender o direito apenas como obra do Estado, descolando-se da realidade dos fatos, fazendo com que o direito, tal como entendido por essa linha tradicional, possa ir perdendo espaço na regulação de vários aspectos das relações humanas.

³⁸¹ Ibidem, p. 24.

Esse ponto parece relevante, pois, quando se compara o avanço das ciências ligadas às áreas tecnológicas, biomédicas, de tecnologia da informação e mesmo o crescimento do uso da inteligência artificial, os modelos formais de pensar o direito talvez não deem mais conta de criar arcabouços normativos setorizados e flexíveis, capazes de serem aplicados à sociedade mundial dos séculos XXI, XXII e seguintes.

Dado o primeiro passo em direção à admissão dessa normatização não estatal como parte do estudo do jurista, ainda que seja ela, por vezes, de produção exclusivamente privada, se poderá trabalhar a coexistência de fontes normativas, bem como as formas de resolução dos conflitos que possam surgir entre elas.

Se as fontes normativas trabalharem de forma isolada, uma ignorando a existência da outra, possivelmente os conflitos se agravarão, e a forma de resolução será buscada internamente a cada fonte, ignorando-se soluções mais eficazes que possam ser ofertadas fora de uma fonte específica ou mesmo com a utilização concomitante de ambas ou de múltiplas fontes.

Nessa linha, a adoção de normas de produção não estatal consolidadas na denominação *nova Lex mercatoria* não poderá ignorar a existência de um direito estatal operando em certas relações comerciais, da mesma forma que o direito do Estado não pode simplesmente tratar como ‘não direito’ uma série de instrumentos normativos que regem volumes substanciais de transações comerciais e interferem não só na efetividade e velocidade dessas, como também na distribuição dos seus custos, direitos e ônus entre os participantes desse mercado.

Incorporar o estudo das normatizações não estatais ao campo do direito, tratando-as como jurídicas, talvez seja um bom passo para organizar formas de coexistência das fontes e para a utilização dos melhores instrumentos que ambas têm a oferecer.

A *nova Lex mercatoria* serve como um exemplo real de produção normativa privada que, sob a ótica dogmática, pode ser tomada como uma ordem jurídica descolada das fontes estatais que transborda o conceito de regras de *costume*.³⁸²

Por outro lado, mesmo que não se admita a *nova Lex mercatoria* como ordem jurídica, o conjunto de suas normas não deriva, atualmente, do Estado, como também não derivava no período medieval, caracterizando a ocorrência de pluralismo jurídico em sede de normas de direito comercial.

³⁸² Rodrigo Octávio Broglia Mendes, *Arbitragem, Lex Mercatoria e Direito Estatal: uma análise dos conflitos ortogonais no Direito Transnacional*, Quartier Latin, São Paulo, 2010, p. 163

Convém pontuar, como forma de contextualizar em que momento despontaria a *nova Lex mercatoria*, que a nova ordem mundial surgida com o fim da chamada Guerra Fria³⁸³ quebrou a configuração bipolar das forças políticas antes existentes, trazendo, como consequência imediata, uma realidade paradoxal, pois, se de um lado os Estados Unidos da América passaram a ocupar o posto de líder bélico mundial, no campo da economia a vitória do capitalismo permitiu aflorar outros centros de poder econômico, tais como o Japão, a China e a União Europeia.

Assim, se do ponto de vista de potência militar os EUA passaram a ocupar um lugar de relevo em relação às outras nações, estabelecendo, nesse campo, uma relação unipolar, sob o enfoque econômico o mesmo não aconteceu, pois a adesão do Japão e, mais recentemente, da China ao modelo de produção capitalista transformou estes Estados, bem como a União Europeia e os BRICS, em centros econômicos relevantes, ao mesmo tempo produtores e consumidores de produtos e serviços transacionados via comércio exterior.

A adesão à nova ordem econômica por antigos partidários do modelo comunista de organização social e econômica, como a China, criou um espaço mundial multipolar desenvolvido em ambiente de globalização onde limites territoriais são ultrapassados e a rigidez limitadora própria dos sistemas legais estatais parece não mais atender à necessária flexibilidade normativa demandada pelo comércio transnacional.

Neste cenário é que manifestações ocorridas nos planos político, social, econômico e financeiro revelam a existência de uma nova ordem mundial,³⁸⁴ que insere em suas relações comerciais normas de produção privada – *nova Lex mercatoria* – que, nas palavras de Ricardo Rodrigues, constituiria “uma realidade jurídica *open-ended* ou *in progress*”.³⁸⁵

³⁸³ “Raymond Aron resume o impasse da Guerra Fria com a sua fórmula magistral: ‘paz impossível, guerra improvável’. A paz devia ser possível entre duas grandes potências em equilíbrio relativo, mas a natureza ideocrática do regime comunista impede uma divisão estável das esferas de influência respectivas entre os Estados Unidos e a União Soviética e exclui uma paz de compromisso. A teoria leninista postula a inevitabilidade da guerra entre os ‘dois campos’, sem deixar lugar para acordos diplomáticos estáveis. A maior força do comunismo é a pretensão de universalidade, a recusa de limites à sua expansão, a vontade de dominação total, não só dos Estados, das nações e das classes, mas também das ideias, dos costumes e dos homens – à custa da vida de milhões de pessoas – o que torna qualquer trégua virtual, por definição. Porém, a guerra é, pelo menos provisoriamente, improvável. Desde logo, por existir um equilíbrio fundamental entre as posições das duas grandes potências, consolidado pela surpresa atômica: ninguém sabe se se trata da arma decisiva, capaz de impor, por si só, a capitulação, e daí resulta um equilíbrio cuja precariedade não exclui a sua duração: ‘essa incerteza é favorável à paz belicosa. Não se joga aos dados com o futuro da humanidade’.” Carlos Gaspar, “Raymond Aron e as origens da Guerra Fria”, *Relações Internacionais*, n. 7, set. 2005, p. 36.

³⁸⁴ Ricardo Alexandre Cardoso Rodrigues, “As fontes da nova lex mercatoria: o início de uma nova alquimia reflexiva – métodos e reflexos; fluxos e impulsos”, *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca*, v. 10, n. 2, dez. 2015, p. 125. ISSN 1983-4225.

³⁸⁵ Idem, *ibidem*.

Foi a partir do já mencionado artigo de Berthold Goldman, “Nouvelles Réflexions sur la Lex Mercatoria”,³⁸⁶ que se passou a dar mais atenção e a investigar o surgimento de uma *nova Lex Mercatoria*, consistente no conjunto de normas de produção não estatal que regem atividades preponderantemente comerciais, o que se dá em um ambiente de crescente comércio internacional e de formação de grandes conglomerados financeiros e empresariais transnacionais, alguns com capital consolidado superior ao PIB de determinados países.³⁸⁷

Essa *nova Lex Mercatoria* poderia ser assim classificada: (1) como *regras jurídicas sem organização sistêmica*, portanto dispersas, não formando um sistema autônomo, embora operem sem submissão direta ao ordenamento jurídico estatal, este, sim, considerado uma *ordem jurídica*; (2) como *costumes*, implicando a repetição da prática comercial com a convicção de obrigatoriedade, na esfera do comércio internacional, uma nova face do direito consuetudinário; ou (3) como uma verdadeira *nova ordem jurídica supranacional*, cuja validade assenta-se na autonomia das partes, não dependendo da intervenção do Estado, classificação esta que admite não só a produção de normas privadas, como as contidas nos contratos-tipo,³⁸⁸ mas também a resolução das controvérsias, de forma interna a essa *nova ordem*, por meio da arbitragem internacional.³⁸⁹

A última classificação ou enquadramento é, sem dúvida, sedutora, pois admitir uma *nova ordem jurídica* que transcende os limites estatais,³⁹⁰ rompendo com paradigmas

³⁸⁶ Berthold Goldman, “Nouvelles Réflexions sur la Lex Mercatoria”, in *Festschrift Pierre Lalive*, Basel, Frankfurt a. M. 1993, at 241 et seq. Disponível em: <http://www.trans-lex.org/112300> Acesso em: 9 jan. 2010 às 09:29 h., hora de Brasília.

³⁸⁷ “As 28 corporações financeiras classificadas no SIFI (*Systemically Important Financial Institutions*) trabalham cada uma com um capital consolidado médio (*consolidated assets*) da ordem de 1.82 trilhões de dólares para os bancos e 0,61 trilhão de dólares para as seguradoras analisadas. Para efeitos de comparação, lembremos que o PIB norte-americano é da ordem de 15 trilhões de dólares; o PIB do Brasil, 7ª potência mundial, da ordem de \$1,6 trilhões.” Ladislau Dowbor, *A era do capital improdutivo. A nova arquitetura do poder, sob dominação financeira, sequestro da democracia e destruição do planeta*, 2. ed., Ed. Outras Palavras e Autonomia Literária, 2018, p. 58/59.

³⁸⁸ “Os contratos-tipo, ou *standards*, seriam regulamentações ou fórmulas de contratos, padronizadas, com inúmeros pontos em comum, somente se diferenciando nas particularidades de cada ramo do comércio. Normalmente são elaborados por organizações ou associações internacionais que buscam uniformizar a prática comercial. Como exemplo pode-se citar a London Corn Trade Association, que somente para o comércio de trigo fornece cerca de 60 contratos-tipo”. Ana Paula Martins Amaral, *Lex Mercatoria e Autonomia da Vontade*, jus.com.br, fev. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/6262/lex-mercatoria-e-autonomia-da-vontade> Consulta realizada em 27 out. 2019 às 15:42 h, hora de Lisboa/PT. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6262>. Acesso em: 13 fev. 2010.

³⁸⁹ “[...] como uma ordem jurídica independente e supranacional que deriva sua justificação e validade seja de sua existência autônoma ou através do princípio da autonomia das partes como uma meta jurídica.” Rodrigo Octávio Broglia Mendes, *Arbitragem, Lex Mercatoria e Direito Estatal: uma análise dos conflitos ortogonais no Direito Transnacional*, QuartierLatin, São Paulo, 2010, p. 59 (nota de rodapé n. 107).

³⁹⁰ “Quando se refere a ordens jurídicas estatais, tratamos de ordens jurídicas equivalentes, diferenciadas de acordo com um critério territorial, uma não sendo hierarquicamente superior a outra. Ao confrontar-se uma ordem jurídica transnacional, a *lexmercatoria*, com uma ordem jurídica estatal, o exercício realizado é um pouco diferente, porquanto são ordens diferenciadas de acordo com critérios distintos – a ordem

clássicos do direito, inclusive os relativos à soberania dos Estados, e admitindo um direito que se coloque ao largo do direito dos Estados, revelando o *pluralismo jurídico* sob uma nova perspectiva, abre um campo propício a pesquisas e aprofundamentos do tema dentro do campo do direito.

Entretanto, para este trabalho, não parece necessária a adesão a qualquer uma das classificações propostas, bastando mencioná-las; isto porque, seja qual for a classificação adotada, ela apresentará como pressuposto a admissão da existência de *pluralismo jurídico* a reger comportamentos na esfera mercantil internacional, seja através de uma nova *ordem jurídica não estatal*; de uma “*massa jurídica*”³⁹¹ não formadora de um sistema; ou apenas via *costumes* aceitos no plano do comércio internacional e de outras áreas, já que não parece possível trancar o direito em sua protegida fortaleza, ignorando-se tudo que fora dela tem acontecido neste início do século XXI.

Erick Vidigal afirma que esse direito privado seria o “verdadeiro direito alternativo – que não pode ser confundido com o uso alternativo do direito – aplicado pela classe dos comerciantes e, em diversos países do mundo, já em processo de reconhecimento e absorção pelos ordenamentos jurídicos nacionais”.³⁹² Assim, como os Estados soberanos não têm a velocidade e a flexibilidade normativa necessárias para acompanhar o fluxo de demandas econômicas e comerciais derivadas do exercício da mercancia internacional, intensificada no final do séc. XX e em franco crescimento no séc. XXI – inclusive em ambiente virtual –, a *nova Lex mercatoria* passa a constituir uma via alternativa, e possivelmente mais eficiente, para reger comportamentos e solver disputas comerciais por meio da arbitragem, emprestando agilidade às trocas.

Nesse sentido, uma *nova Lex mercatoria* pode ser compreendida como forma de superar dificuldades enfrentadas pelo sistema jurídico estatal para se adaptar ao desenvolvimento de determinadas atividades econômicas, notadamente na seara comercial, deixando o tradicional direito internacional de adequar-se às demandas desse setor, tanto em relação ao fornecimento de normas de operação, quanto de solução de conflitos.

Seria, então, essa *nova Lex mercatoria* “[...] uma tentativa de enfrentar uma determinada questão que a economia colocava para o direito, mormente a partir dos anos

transnacional diferencia-se com base em um tema específico.” Rodrigo Octávio Broglia Mendes, *Arbitragem, Lex Mercatoria e Direito Estatal: uma análise dos conflitos ortogonais no Direito Transnacional*, QuartierLatin, São Paulo, 2010, p. 57.

³⁹¹ Rodrigo Octávio Broglia Mendes, *Arbitragem, Lex Mercatoria e Direito Estatal: uma análise dos conflitos ortogonais no Direito Transnacional*, QuartierLatin, São Paulo, 2010, p. 59 (nota de rodapé n. 107).

³⁹² Erick Vidigal, “A *Lex Mercatoria* como fonte do direito do comércio internacional e a sua aplicação no Brasil”, *Revista de Informação Legislativa*, v. 47, n. 186, 2010, Senado Federal brasileiro, p. 192.

60 e 70 do século XX, que dizia respeito à inadequação das regras de direito das ordens estatais ou do direito internacional tradicional para disciplinar as condutas e os conflitos no plano dos negócios transnacionais”.³⁹³

Como já pontuado neste trabalho, a partir do fim do século XX constatou-se a tendência de o Estado afastar-se do campo operacional de determinadas atividades econômicas, delegando-as ao setor privado, em uma tentativa de retorno ao conceito liberal do Estado mínimo.

Em contraste a esse modelo, grandes empresas multinacionais, cuja parcela do capital social pertence a determinados Estados,³⁹⁴ continuam a atuar em vários setores da economia, não parecendo razoável que o Estado detenha parte do capital social ou mesmo o controle de determinada companhia com atuação em um mercado de livre concorrência e, ao mesmo tempo, possa produzir as regras que vão regular esse mercado. A tentação de produzir regras mais favoráveis às suas companhias estatais apresenta-se evidente e pode levar à quebra da impessoalidade e da isonomia de tratamento daqueles que atuam em um mesmo mercado concorrencial.

A produção normativa não estatal, nesta hipótese, surgida a partir da demanda de um mercado competitivo fundado na livre concorrência, pode neutralizar essa tentação estatal de beneficiar as suas empresas ou aquelas em que detenha capital, restabelecendo a isonomia de tratamentos.

Broglia percebeu essa demanda, ressaltando que, no caso de participação dos Estados em empresas com atuação no mercado da livre concorrência, normas não estatais podem ser *neutras*.

Afirma o citado autor:

“Ao lado da insatisfação com a adequação do direito criado pelo Estado (seja estatal, seja internacional) para regular conflitos oriundos dos negócios transnacionais, a participação do Estado reforçou a necessidade de se defender que as regras aplicáveis a esses conflitos eram a-nacionais. A ideia, portanto, era a de que a *lex mercatoria* seria mais adequada para ser aplicada nesses conflitos,

³⁹³ Rodrigo Octávio Broglia Mendes, *Arbitragem, Lex Mercatoria e Direito Estatal: uma análise dos conflitos ortogonais no Direito Transnacional*, Quartier Latin, São Paulo, 2010, p. 62/63.

³⁹⁴ No Brasil, a Petrobras é exemplo de empresa com atuação internacional e de propriedade do Estado brasileiro.

pois decorria de princípios gerais e costumes voltados aos negócios transnacionais e, ainda, era “neutra” em relação aos Estados.”³⁹⁵

Assim, ao lado da regulação da forma jurídica em que tais atividades podem se desenvolver, destacam-se regras materiais não estatais, enquanto que, no campo da solução das controvérsias, submetem-se os litígios às arbitragens privadas internacionais, que podem ser pautadas igualmente por procedimentos não estatais.

Esse direito não estatal, que tem como algumas de suas fontes a jurisprudência dos tribunais arbitrais internacionais e as normas de instituições privadas internacionais, como “o regime jurídico do crédito documentário que se encontra, essencialmente, previsto nas Regras e Usos Uniformes sobre Créditos Documentários, as regras uniformes relativas às cobranças (CCI), as regras e usos uniformes para as garantias contratuais (CCI)”,³⁹⁶ vem sendo aceito como a *nova Lex mercatoria*.

Boaventura de Sousa Santos observa que:

“Mais recentemente, a investigação sobre as trocas econômicas internacionais permitiu detectar a emergência de uma nova *Lex mercatoria*, um espaço jurídico internacional em que operam diferentes tipos de agentes econômicos cujo comportamento é regulado por novas regras internacionais e relações contratuais estabelecidas pelas empresas multinacionais, pelos bancos internacionais ou por associações internacionais dominadas por umas ou por outros (Kahn, 1982; Wallace, 1982). O capital transnacional criou, assim, um espaço jurídico transnacional, uma legalidade supra-estatal, um direito mundial. Este direito é, em geral, muito informal. Baseado nas práticas dominantes, ou seja, nas práticas dos agentes dominantes, não é um direito costumeiro no sentido tradicional do termo. Só poderá ser considerado costumeiro se admitirmos a possibilidade de práticas novas ou recentes darem origem ao que poderíamos designar, quase paradoxalmente, por costumes instantâneos, como, por exemplo, quando uma empresa multinacional inventa um novo tipo de contrato e tem poder suficiente para impô-lo a outros agentes econômicos. Tampouco faz sentido considerar este novo direito mundial como não oficial, uma vez que ele cria diferentes formas de imunidades, quer face ao direito internacional estatal, quer face ao direito internacional público e, neste sentido, constitui a sua própria oficialidade (Farjat,

³⁹⁵ Rodrigo Octávio Broglia Mendes, *Arbitragem, Lex Mercatoria e Direito Estatal: uma análise dos conflitos ortogonais no Direito Transnacional*, Quartier Latin, São Paulo, 2010, p. 63.

³⁹⁶ Ricardo Alexandre Cardoso Rodrigues, “As Fontes da Nova *Lex Mercatoria*: o início de uma nova alquimia reflexiva: métodos e reflexos; fluxos e impulsos”, *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, v. 11, Universidad de Almería, Departamental de Ciencias Jurídicas, 2015, p. 6/7.

1982, p. 47).”³⁹⁷

A aproximação da *Lex mercatoria* da concepção de direito na modernidade pode ser feita observando-se: “(i) a produção normativa de entidades internacionais (e.g. a Câmara do Comércio Internacional), que passa a ser aceita na *societas mercatorum* e incorporada, por referência, aos contratos celebrados no âmbito internacional; e (ii) o exercício de função judicante pelos tribunais arbitrais internacionais, que acabam por aplicar e, também, contribuir para a criação da *lex mercatoria*”.³⁹⁸

Entendendo-se essa *nova Lex mercatoria*, ou *direito transnacional*, como uma ordem jurídica, verifica-se que seu pressuposto de validade não é buscado em um determinado Estado soberano, mas, sim, em fontes híbridas, das quais os Estados só indiretamente participam, como a UNIDROIT,³⁹⁹ ⁴⁰⁰ ou exclusivamente não estatais, como aquelas resultantes de dispositivos contidos em contratos-tipo que estabelecem uma dinâmica autopoietica, firmados entre entes privados, que, além de preverem as normas que vão reger os direitos e as obrigações contraídas, ainda elegem como forma de resolução dos conflitos neles surgidos a arbitragem privada, afastando, assim, a atuação estatal.

Sobre a hipótese dos contratos-padrão “autovalidantes”, pode-se apresentar, como exemplo, a minuta do contrato-padrão a ser utilizado em projetos de construção, elaborada pela *International Federation of Consulting Engineers*.

A utilização de contratos-padrão com validade transnacional, como ressalta Mendes, extrapola os limites da validade *inter partes* para se posicionar como verdadeiro

³⁹⁷ Boaventura de Sousa Santos, *A Crítica da Razão Indolente: Contra o Desperdício da Experiência*, Cortez, São Paulo, 2001, p. 206.

³⁹⁸ Rodrigo Octávio Broglia Mendes, *Arbitragem, Lex Mercatoria e Direito Estatal: uma análise dos conflitos ortogonais no Direito Transnacional*, Quartier Latin, São Paulo, 2010, p. 31.

³⁹⁹ “[...] procurando elementos para subsidiar essa busca pela identificação das regras da *lex mercatoria*, começou a elaborar listas e, posteriormente, consolidações dessas regras como os princípios UNIDROIT aplicáveis aos Contratos Internacionais do Comércio.” Rodrigo Octávio Broglia Mendes, *Arbitragem, Lex Mercatoria e Direito Estatal: uma análise dos conflitos ortogonais no Direito Transnacional*, Quartier Latin, São Paulo, 2010, p. 67.

⁴⁰⁰ “O Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado (UNIDROIT) é uma organização mundial internacional governamental, com sede em Roma (Itália), cujo objetivo é o estudo das vias e métodos para a modernização, harmonização e coordenação do direito privado, em particular do direito comercial, entre estados ou grupos de estados. Foi criado em 1926, como órgão auxiliar da Sociedade das Nações (SDN) – entidade que funcionou entre 1920 e 1946, e precedeu a Organização das Nações Unidas (ONU). Nessa condição, o UNIDROIT empreendeu suas atividades até a dissolução de facto da Liga das Nações, no início da Segunda Guerra Mundial, em 1939. Em 1940, o instituto foi reformulado com base num acordo internacional multilateral – o estatuto orgânico do UNIDROIT – que atualmente vincula 59 Estados-membros, representativos dos cinco continentes, de todas as tradições jurídicas contemporâneas e de vários sistemas políticos e econômicos.” Lauro Gama Junior, *Contratos internacionais à luz dos princípios do UNIDROIT 2004: soft law, arbitragem e jurisdição*. Renovar, Rio de Janeiro, 2006, p. 200-202.

standard que gera a expectativa de ser “[...] aceito como uma regra por aqueles que se lançarem na contratação transnacional. Com isso, eles rompem não só suas raízes com determinado Estado, mas também com qualquer ordem jurídica”.⁴⁰¹

É importante verificar que esse tipo de contratação, que parte de *standards* elaborados por organizações não estatais ou híbridas,⁴⁰² pode conter, e geralmente contém, cláusulas que vinculam a resolução dos conflitos decorrentes da sua execução à arbitragem privada internacional, revelando, assim, uma ordem não estatal de produção e aplicação da norma jurídica.

Os contratos podem, ainda, incorporar regras que não derivam de qualquer ordem jurídica estatal, como aquelas oriundas da planificação dos INCOTERMS, que estabelecem termos padrões (siglas) que definem tanto a responsabilidade do exportador quanto a do importador no que se refere ao processo de envio do produto, existindo vários níveis de responsabilidades.

Os *International Commercial Terms*, ou Termos Internacionais de Comércio, geralmente são acrescentados aos contratos de compra e venda que demandam transporte internacional de carga, definindo as responsabilidades de quem compra e de quem vende

⁴⁰¹ Rodrigo Octávio Broglia Mendes, *Arbitragem, Lex Mercatoria e Direito Estatal: uma análise dos conflitos ortogonais no Direito Transnacional*, Quartier Latin, São Paulo, 2010, p. 63

⁴⁰² “Pretende-se, com a sua elaboração, a estandardização dos contratos e a consequente divulgação através de modelos contratuais que correspondem, no fundo, a fórmulas contratuais. [...] As instituições coletoras, criadoras e promotoras dos modelos são, normalmente, associações ou organizações comerciais internacionais, v. g. a London Corn Trade Association (LCTA), que após fusão com a London Cattle Food Association (LCFA) institui a Grain and Feed Trade Association (GAFTA, em 1971). [...] A Comissão Econômica para a Europa das Nações Unidas (ECE) ou United Nations Economic Commission for Europe (UNECE), [...] No caso, particular, do contrato de *engineering* (global), contratos de construção de obra civil e contratos de trabalhos elétricos e mecânicos existe um modelo contratual FIDIC – instituído pela International Federation of Consulting Engineers (FIDIC) – relativo às denominadas *civil conditions of red book*. [...] Na mesma esteira, as associações do setor das madeiras – Federação Belga do Comércio de Importação de Madeira, Associação Sueca de Exportadores de Madeira, Associação de Proprietários de Serralharias Finlandesas, Timber Trade Federation of the United Kingdom – do algodão em rama – Centro Algodoeiro Nacional, American Cotton Shippers Association – do papel – Finnish, Noorwegian and Swedish Paper Makers Associations, entre outros. [...] No âmbito do mercado financeiro, salientamos as euroemissões, que, por sua vez, constituem um verdadeiro quadro disciplinador de todo um conjunto de operações de especial relevo no espaço europeu. [...] bem como, o *master agreement*, contrato-quadro e os modelos contratuais em matéria de *swaps* (troca de posições jurídico-econômicas entre operadores) [...] criados pela ISDA – International Swaps and Derivates Association. [...] Finalmente, destacamos, ainda, as soluções uniformes e as regras *standard*, para os euromercados primário e secundário, criadas pelas International Securities Market Association – ISMA –, anterior Association of International Bond – AIBD [...] – e International Primary Market Association – IPMA, desde Julho de 2005, International Capital Market Association – ICMA. [...] Outras associações terão divulgado modelos de condições gerais no âmbito das atividades que representam, nomeadamente: Grain and Feed Trade Association (GAFTA), sobre contratos de venda e embarque de cereais [...]; Association of West European Shipbuilders, sobre contratos de construção de navios.” Ricardo Alexandre Cardoso Rodrigues, “As fontes da nova Lex Mercatoria: o início de uma nova alquimia reflexiva: métodos e reflexos; fluxos e impulsos”, *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca*, ISSN 1983-4225, v.10, n. 2, dez. 2015, p. 135-138. Disponível em: <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2010/01/ICC-Introduction-to-the-Incoterms-2010.pdf> Acesso em: 9 jan. 2020 às 10:08 h., hora de Brasília.

em relação ao transporte do produto. A partir de 1936, são eles geridos e revistos, periodicamente, pela Câmara Internacional do Comércio – ICC, com sede em Paris. Atualmente, vigoram os Incoterms atualizados em 2010.⁴⁰³

A ICC confirma que “[...] as regras dos Incoterms tornaram-se uma parte essencial da linguagem diária do comércio. Eles foram incorporados em contratos para a venda de mercadorias em todo o mundo e fornecem regras e orientações para importadores, exportadores, advogados, transportadores, seguradoras e estudantes de comércio internacional”.⁴⁰⁴

Pelo que se vê, a validade jurídica das fontes da *nova Lex mercatoria* não é extraída pela verificação da legalidade do processo legislativo deflagrado em um Parlamento segundo regras postas previamente, o que demonstra que, nessa seara normativa, o critério formal estatal de validação pode ser relativizado.

Ressalta-se, então, que, para sustentar essa prática, há a necessidade de buscar fundamento em uma ordem normativa, repita-se, cuja validade não é extraída da lei “aprovada por uma autoridade”.⁴⁰⁵

A verificação de que as normas jurídicas derivadas dos meios burocráticos formais de um Estado, informadas por critérios de soberania e rigidez, parecem inadequadas para as necessidades surgidas das atividades econômicas transnacionais, pode possibilitar o aparecimento de uma nova dogmática que admita e passe a trabalhar com um novo sistema normativo composto por normas jurídicas transnacionais derivadas das demandas do sistema econômico colocadas ao sistema jurídico.⁴⁰⁶

Neste contexto, o sistema jurídico passa a fornecer instrumentos normativos para demandas advindas de outros sistemas (econômico/comercial): tendo as normas materiais como orientadoras das atividades, cria os *standards* necessários ao desenvolvimento seguro das relações e mantém a arbitragem internacional como a instância de resolução dos conflitos surgidos.⁴⁰⁷

Por meio da *Lex Mercatoria* – seja aquela que viabilizava as trocas comerciais na Idade Média, seja a percebida nos dias de hoje –, os comerciantes conseguiram romper

⁴⁰³ Incoterms 2010 by the International Chamber of Commerce (ICC).

⁴⁰⁴ Disponível em: https://iccwbo.org/find-a-document/?fwp_search=Incoterms%202010 Acesso em: 27 mar. 2019.

⁴⁰⁵ Rodrigo Octávio Broglia Mendes, *Arbitragem, Lex Mercatoria e Direito Estatal: uma análise dos conflitos ortogonais no Direito Transnacional*, Quartier Latin, São Paulo, 2010, p. 63.

⁴⁰⁶ Ibidem, p. 122.

⁴⁰⁷ Rodrigo Octávio Broglia Mendes, *Arbitragem, Lex Mercatoria e Direito Estatal: uma análise dos conflitos ortogonais no Direito Transnacional*, Quartier Latin, São Paulo, 2010, p. 122.

com as barreiras dos muros das cidades feudais e, agora, transcendem as fronteiras dos Estados nacionais, afastam a insegurança e a imprevisibilidade que a coexistência de ordenamentos jurídicos estatais impõe, tornando possível, assim, a criação de normas uniformes.

Essas normas de produção não estatal (i) padronizam condutas, (ii) em certos casos, podem impor sanções e, (iii) em outros, podem ser eleitas como fonte de direito para a resolução de conflitos internacionais em sede de arbitragem,⁴⁰⁸ abrigando seu conteúdo um caráter claramente jurídico.

IV.c) Normatizações não estatais e autorregulação

Nos títulos anteriores, foram explorados tanto o tema relativo à formação de uma normatização oriunda de *agências*, que não se dá mediante o clássico processo de produção parlamentar, quanto o surgimento de *normatizações* privadas, tais como a denominada *nova Lex mercatoria*, que se afasta por completo do modelo legislativo estatal.

Quando se prossegue na relativização das fontes de produção normativa em temas econômicos e comerciais, torna-se possível avançar para a questão da *autorregulação*, em que se observa a criação de normas jurídicas pela própria categoria destinatária do regramento criado.

Nesse sentido, pode-se afirmar que, no processo da *autorregulação*, os produtores e os destinatários das normas se confundem, desenhando *standards* que serão adotados pelo setor regulado, organizando-se, regra geral, por intermédio de pessoa coletiva ou jurídica não governamental⁴⁰⁹ e sem fins lucrativos. Os integrantes do setor autorregulado

⁴⁰⁸ Lei brasileira nº 9.307/96, que dispõe sobre a arbitragem:

“Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.

§ 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.

§ 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.”

⁴⁰⁹ No Brasil, a autorregulação profissional historicamente vem sendo feita através de Autarquias Federais denominadas Conselhos, dos quais são exemplos: CREMERJ – Conselho Regional de Medicina, que é uma autarquia federal, criada pela Lei nº 3.268/1957, “com o objetivo de promover o perfeito desempenho ético e moral da medicina e o prestígio dos que a exerçam legalmente.” [Fonte: <https://www.cremerj.org.br/institucional/>; consulta realizada em 17 set. 2019 às 08:32 h., horário de Brasília]; o CAU – Conselho de Arquitetura e Urbanismo, autarquia federal destinada a “orientar, disciplinar e fiscalizar o exercício da profissão de arquitetura e urbanismo”. Também é obrigação do Conselho “zelar pela fiel observância dos princípios de ética e disciplina da classe em todo o território nacional, bem como pugnar pelo aperfeiçoamento do exercício da arquitetura e urbanismo” (§ 1º do art. 24 da Lei nº 12.378/2010).” [Fonte: <https://transparencia.cau.br/apresentacao/>; consulta realizada em 17 set. 2019 às 08:36 h., horário de Brasília]; e o Conselho Federal de Psicologia – CFP, que “é uma autarquia de direito público, com autonomia administrativa e financeira, cujos objetivos, além de regulamentar, orientar e fiscalizar o exercício profissional, como previsto na Lei 5.766/1971, regulamentada pelo Decreto 79.822, de 17 de junho de 1977, deve promover espaços de discussão sobre os grandes temas da Psicologia

não só formulam os modelos de conduta, como aderem a eles, criando mecanismos para tornar obrigatória a adoção pelos integrantes do setor do comportamento estabelecido nas normas privadas.

A escala de obrigatoriedade das normas, fundada não só nas regras jurídicas provenientes da autorregulação, como também na força institucional da organização setorial, alcança forte gradação, e pode não só influenciar, como condicionar, constranger e mesmo proibir determinadas atividades dos agentes econômicos.⁴¹⁰

Quando tratou deste tema, Vital Moreira⁴¹¹ elaborou uma tabela⁴¹² a partir da qual é possível verificar a gradação das normas resultantes do exercício da *autorregulação*.

A tabela parte da *autodisciplina*, condição em que “[as] normas são estabelecidas, aplicadas e executadas pela própria empresa”, e da *autorregulação pura*, quando “as normas são estabelecidas, aplicadas e executadas pela profissão [regulado]”, casos nos quais o Estado não participa da produção normativa. A partir desse ponto, Vital Moreira vai criando graus de interferência estatal na regulação até alcançar a *pura regulação* (do Estado), que se dá quando “[o] Governo monopoliza o estabelecimento, a aplicação e a execução das normas.”

Para a linha de pesquisa desta dissertação, o ponto que parece importante na tabela do Professor Vital Moreira prende-se à constatação de que, tanto na *autodisciplina*, quanto na *autorregulação*, “as normas são estabelecidas, aplicadas e executadas [...] ora pela própria empresa, ora pela categoria profissional destinatária da norma”,⁴¹³ comprovando-se a existência de pluralismo jurídico em sede econômica, na medida em que os setores *autorregulados* concorrem com o Estado na produção normativa, ao elaborarem normas jurídicas *privadas* que serão *aplicadas e executadas* pelos próprios

que levem à qualificação dos serviços profissionais prestados pela categoria à sociedade. [Fonte: <https://site.cfp.org.br/cfp/conheca-o-cfp/>; consulta realizada em 17 set. 2019 às 08:40 h., horário de Brasília.]

⁴¹⁰ Vital Moreira, *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*, Almedina, Coimbra, 1997, p. 53.

⁴¹¹ Ibidem, p. 79.

⁴¹²

<i>Tipos de regulação</i>	<i>Instância de regulação</i>
Autodisciplina (individual)	As normas são estabelecidas, aplicadas e executadas pela própria empresa.
Autorregulação pura	As normas são estabelecidas, aplicadas e executadas pela profissão [regulado].
Autorregulação cooptada	A profissão envolve terceiros (o Governo, consumidores, técnicos) no estabelecimento, aplicação e execução das normas.
Autorregulação negociada	A profissão voluntariamente negocia com o Governo o estabelecimento, a aplicação e a execução das normas.
Pura regulação	O Governo monopoliza o estabelecimento, a aplicação e a execução das normas.

⁴¹³ Ibidem, p. 79.

atores do setor econômico ou profissional. Tal fato denota, portanto, a possibilidade de criações normativas econômicas de filiação não estatal.

Assim, conforme leciona Vital Moreira, verifica-se que autorregulação pode ser caracterizada como autorregulação *privada independente* ou *privada oficialmente reconhecida*.⁴¹⁴

Na *autorregulação privada independente*, “uma categoria homogênea de pessoas ou uma pluralidade de categorias compartilhando interesses comuns se sujeitam voluntariamente a observar um corpo mais ou menos complexo de normas ditadas em função de escopos determinados”.⁴¹⁵ Já na *autorregulação privada oficialmente reconhecida* operará a regulação privada juntamente com a estatal, ambas atuando em um sistema único ou global de regulação,⁴¹⁶ reconhecendo o Estado que a autorregulação privada integra o sistema regulatório do setor.

As normas originárias do exercício da *autorregulação privada independente* ou da *autorregulação privada oficialmente reconhecida* pautam o comportamento dos setores regulados, fornecendo regras *não estatais* que serão aplicadas na composição de interesses antagônicos.

Embora e em tese, os limites subjetivos de alcance das normas resultantes da atividade de autorregulação estejam circunscritos aos aderentes ao sistema regulado, percebe-se que tais regras atingem também terceiros, ampliando a abrangência da norma privada para além dos seus formuladores e aderentes, passando ditas regras a interferir, ainda que de forma indireta, no comportamento de todos aqueles que venham a ter contato com a atividade econômica autorregulada.

IV.d) Casos concretos

IV.d.1) Publicidade

A consolidação, a partir do final do século XX, de um regime econômico mundial que tem como base o consumo, notadamente após a queda do muro de Berlim e o fim da Guerra Fria,⁴¹⁷ a qual, antes, havia dividido o mundo em dois grandes blocos, um

⁴¹⁴ Ibidem, p.80-81.

⁴¹⁵ G. Florida, “Autodisciplina e funzione arbitrale”, *Rivista di diritto industriale*, XL – I Parte, 1991, p. 5-22, apud Vital Moreira, *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*, Almedina, Coimbra, 1997, p. 80.

⁴¹⁶ Vital Moreira, *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*, Almedina, Coimbra, 1997, p. 82.

⁴¹⁷ “A peculiaridade da Guerra Fria era a de que, em termos objetivos, não existia perigo iminente de guerra mundial. Mais que isso: apesar da retórica apocalíptica de ambos os lados, mas sobretudo do lado americano, os governos das duas superpotências aceitaram a distribuição global de forças no fim da Segunda Guerra Mundial, que equivalia a um equilíbrio de poder desigual mas não contestado em sua essência. A URSS controlava uma parte do globo, ou sobre ela exercia predominante influência – a zona

inspirado no pensamento marxista e outro pautado pelo capitalismo, fez com que o mercado publicitário privado ganhasse amplo espaço, não só no cenário nacional, como também no internacional.

No Brasil, ultrapassado o período desenvolvimentista e adotada a abertura da economia ao comércio internacional,⁴¹⁸ tal como recomendado pelas diretrizes do Consenso de Washington,⁴¹⁹ os fornecedores nacionais viram a possibilidade de expandirem seus mercados e os consumidores perceberam a ampliação do leque de produtos e serviços disponíveis, agora não só oferecidos pelas empresas brasileiras, mas, também, pelas estrangeiras.

É nesse período de abertura econômica, notadamente nos anos 1990, que a publicidade chega à idade adulta no Brasil,⁴²⁰ cabendo a ela a intermediação de informações que devem ser trocadas entre fornecedores e consumidores.

Embora haja campo para o debate de temas afetos à *forma*, a *o que e como* consumir, bem como à diferenciação entre *consumo* e *consumismo*⁴²¹ e, ainda, aos relativos às externalidades negativas de ordem social, econômica e ecológica, fato é que,

ocupada pelo Exército Vermelho e/ou outras Forças Armadas comunistas no término da guerra – e não tentava ampliá-la com o uso de força militar. Os EUA exerciam controle e predominância sobre o resto do mundo capitalista, além do hemisfério norte e oceanos, assumindo o que restava da velha hegemonia imperial das antigas potências coloniais. Em troca, não intervinha na zona aceita de hegemonia soviética.” Eric Hobsbawm, *Era dos Extremos: o breve século XX 1914-1991*, trad. Marcos Santarrita, 2. ed., 9. reimp., Companhia das Letras, p. 223.

⁴¹⁸ Luiz Carlos Bresser-Pereira, “A Crise da América Latina: Consenso de Washington ou crise fiscal?”, in *Pesquisa e Planejamento Econômico*, v. 21, n. 1, abr. 1991, p. 3-23.

⁴¹⁹ “[...] o consenso de Washington formou-se a partir da crise do consenso Keynesiano e da correspondente crise da teoria do desenvolvimento econômico elaborada nos anos 40 e 50.” Luiz Carlos Bresser-Pereira, “A Crise da América Latina: Consenso de Washington ou crise fiscal?”, in *Pesquisa e Planejamento Econômico*, v. 21, n. 1, abr. 1991, p. 3-23.

⁴²⁰ “A história da publicidade no Brasil é marcada por uma longa infância iniciada no final do século passado [séc. XIX] e encerrada no princípio dos anos 70. A sua adolescência pode então ser localizada nas décadas de 70 e 80, quando a publicidade experimentou as benesses do chamado ‘milagre econômico’ e da proteção da reserva de mercado para as agências de propaganda.

Nos anos 90, o Brasil passa pelo processo da abertura de mercado para as importações, a constituição do Mercosul como novo bloco econômico formado pelo Brasil, Argentina, Paraguai, Uruguai e, mais recentemente, a queda da inflação e a consequente estabilização da economia brasileira. Estamos em plena idade adulta, uma época de enfrentar novas responsabilidades e buscar a sobrevivência em um mundo que passa por profundas transformações.” José Benedito Pinho, *Trajatória e Demandas do Ensino de Graduação em Publicidade e Propaganda no Brasil*. Disponível em: <http://www.eca.usp.br/associa/alaic/Livro%20GTP/trajetoria.htm> Acesso em: 9 jan. 2020 às 10:13 h., hora de Brasília.

⁴²¹ “O consumo, indispensável para movimentar a economia capitalista, é reconhecido, mas desde que de forma consciente, responsável e sustentável. O consumismo, embora possa constituir num aparente estímulo à felicidade, é capaz de provocar patologias crônicas, uma vez que a felicidade é momentânea.” Roldão Alves de Moura, “Consumption or Consumerism: a human need?”, *Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo*, v. 24, n.1, 2018. Disponível em:

http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Rev-FD-SBC_v.24_n.1.01.pdf Acesso em: 9 jan. 2020 às 10:14 h., hora de Brasília.

enquanto um novo modelo não emergir, esta é a forma de organização adotada pela sociedade e pela economia ocidental.

A publicidade coloca-se como *intermediária de informações* entre a necessidade que tem o fornecedor de divulgar os seus produtos e serviços e a igual necessidade que sente o consumidor de conhecer os produtos e serviços disponíveis no mercado. A troca de informações entre os dois lados torna-se fundamental, pois não só influencia, de forma preponderante, as decisões de compra, como cria, também, desejos de consumo que antes não existiam.

Ao funcionar como um dos impulsionadores da economia capitalista, a publicidade assume as funções de promover o aumento das vendas e possibilitar a prestação de informação ao consumidor, além de contribuir, mediante a compra de espaços publicitários, para a saúde financeira dos meios de comunicação, sejam os tradicionais, como os jornais e as revistas escritas, o rádio e a televisão, ou aqueles que se utilizam da grande rede mundial – a internet.

As atividades desenvolvidas pelo setor da publicidade são submetidas à *autorregulação*, atuando o regulador *privado* não só na produção normativa, como também na decisão de casos concretos, principalmente em relação à adequação das peças publicitárias às normas estabelecidas para o setor. Portanto, como se demonstrará a seguir, o setor da publicidade, além de criar as *normas* que conformam a atuação publicitária, também aplica as referidas normas quando *julga* possíveis inadequações de condutas.

A *autorregulação* da publicidade conseguiu condensar suas normas em um Código *privado*, que estabelece as regras que serão observadas pelas peças publicitárias que se comunicarão com os consumidores por meio de vários veículos, inclusive com a utilização da internet, na qual ganha força o *marketing* digital. Embora os que se utilizam da internet, bem como os telespectadores, os ouvintes de rádio e os leitores de jornais e periódicos não participem da formação da produção normativa reguladora da publicidade, as peças que recebem diariamente são confeccionadas de acordo com essa normatização, razão pela qual seus efeitos extrapolam os componentes do setor regulado, para repercutir em toda a sociedade.

Neste sentido, a eficácia das normas de produção privada, quanto ao seu aspecto subjetivo, supera os limites dos agentes atuantes no setor, para atingir a população de forma genérica, definindo como as informações publicitárias serão recebidas. O que se quer ressaltar é o fato de as normas produzidas em sede de autorregulação ultrapassarem, em relação aos seus efeitos, o próprio setor regulado, atingindo todos aqueles que

tomarem conhecimento das peças publicitárias divulgadas por meio dos vários veículos de comunicação.

O mesmo argumento pode ser utilizado para outros setores que estejam submetidos a regulações privadas, mas cujos efeitos das atividades desenvolvidas sob a égide da autorregulação não se limitem aos membros de setor regulado, alcançando pessoas estranhas ao setor.

Neste ponto, reafirma-se que a utilização do critério da eficácia da norma como dado relevante para inseri-la no campo do estudo do direito, mediante uma abordagem que recorre à sociologia do direito, apresenta-se como necessária, sob pena de não ser captada pelo direito uma série de relevantes normatividades que estão produzindo efeitos no tecido social, porém não foram produzidas pelo Estado.

No Brasil, na Itália,⁴²² na Espanha e mesmo em Portugal, a autorregulação do setor publicitário é exercida por intermédio de entes privados, como é o caso do CONAR – Conselho Nacional de Autorregulação Publicitária (Brasil), do Instituto de Autodisciplina Publicitária (Itália) e da AUTOCONTROL – Asociación para La Autorregulación Comercial (Espanha).

No Brasil, o CONAR – Conselho Nacional de Autorregulação Publicitária elaborou e utiliza o *Código Brasileiro de Autorregulação Publicitária*, que é *norma de produção privada*, para julgar demandas que envolvem a correção das peças publicitária.

O grau de obediência a esse Código privado é alto, mesmo não sendo ele, originariamente, uma norma produzida pelo Estado,⁴²³ já que as empresas com atuação no setor aderem aos seus dispositivos comprometendo-se a dar cumprimento aos mesmos.

No final dos anos 1970, o Governo Federal do Brasil pretendia criar norma jurídica estatal que estabeleceria regras a serem seguidas pelos publicitários por ocasião da confecção de suas peças. Esse fato foi visto, à época, como uma forma de censura prévia ao trabalho publicitário, razão pela qual o próprio setor se mobilizou e, em antecipação à lei estatal, anunciou a elaboração de um código *privado* destinado a fixar critérios para a confecção das peças publicitárias, bem como para retirar de circulação propagandas que atentassem contra os preceitos do Código.⁴²⁴

⁴²² Vital Moreira, *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*, Almedina, Coimbra, 1997, p. 81.

⁴²³ Em 1965, o Estado brasileiro editou a Lei nº 4.680, de 18 de junho do mesmo ano, que, em seu art. 17, estabeleceu que a atividade publicitária é regida pelo Código privado: “Art.17 A atividade publicitária nacional será regida pelos princípios e normas do Código de Ética dos Profissionais da Propaganda, instituído pelo I Congresso Brasileiro de Propaganda, realizado em outubro de 1957, na cidade do Rio de Janeiro.”

⁴²⁴ Disponível em: <http://www.conar.org.br/> – História: contra a censura na publicidade. Consulta realizada em 26 set. 2019 às 16:25 h., horário de Brasília.

Pretendeu, com isto, o setor tomar para si o controle de suas atividades através da *autorregulamentação*, afastando a matéria dos legisladores, pois, segundo afirma Ricardo Bastos, “você não deve deixar para o Legislativo, com falta de conhecimento técnico e uma visão por vezes distorcida do que a publicidade faz, legislar sobre uma coisa que pouco conhece”.⁴²⁵

Feito o Código privado, foi ele nomeado *Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária* e divulgado no III Congresso Brasileiro de Propaganda, em 1978, recebendo ampla adesão dos que atuavam no setor.⁴²⁶

Em seguida à elaboração do *Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária*, foi fundada uma ONG⁴²⁷ nomeada Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária ou, simplesmente, CONAR, à qual foi conferido o encargo de “fazer valer o Código”,⁴²⁸ utilizando-o para a resolução de casos efetivos.

O CONAR afirma que, iniciando-se a contagem desde quando passou a exercer suas funções até os dias atuais, mais de nove mil procedimentos éticos foram abertos, trabalhando a referida ONG igualmente em centenas de conciliações envolvendo disputas entre empresas que atuam no setor.⁴²⁹

O seu Conselho de Ética é composto de 180 conselheiros, todos eles voluntariados e que não ocupam qualquer cargo público, tratando-se, como se vê, de uma instituição puramente privada. Os conselheiros são alocados em órgãos colegiados denominados Câmaras, que atuam em diversas capitais de estados brasileiros, neles incluídos São Paulo e Rio de Janeiro, além da Capital Federal, Brasília.⁴³⁰

As denúncias relativas a desconformidades na atuação de empresas do setor e nas peças publicitárias produzidas chegam ao CONAR por conta de reclamações de consumidores, associados, autoridades e da própria diretoria da instituição, que afirma ser “[...] capaz de adotar medida liminar de sustação no intervalo de algumas horas a partir do momento em que toma conhecimento da denúncia”.⁴³¹

⁴²⁵ Entrevista concedida por Ricardo Bastos ao *CENP em Revista*, ano 2, n. 6, 1º trimestre, 2006, p. 22. Disponível em: http://www.cenp.com.br/site/cenp_revista/edicao_6.pdf Acesso em: 9 jan. 2020 às 10:18 h., hora de Brasília.

⁴²⁶ Disponível em: <http://www.conar.org.br/> – História: contra a censura na publicidade. Consulta realizada em 26 set. 2019 às 16:32 h., horário de Brasília.

⁴²⁷ Organização não governamental.

⁴²⁸ Disponível em: <http://www.conar.org.br/> – História: contra a censura na publicidade. Consulta realizada em 26 set. 2019 às 16:39 h., horário de Brasília.

⁴²⁹ Disponível em: <http://www.conar.org.br/> – História: contra a censura na publicidade. Consulta realizada em 26 set. 2019 às 16:42 h., horário de Brasília.

⁴³⁰ Disponível em: <http://www.conar.org.br/> – História: contra a censura na publicidade. Consulta realizada em 26 set. 2019 às 16:47 h., horário de Brasília.

⁴³¹ Disponível em: <http://www.conar.org.br/> Acesso em: 26 set. 2019.

Dois pontos relevantes desse exemplo de autorregulamentação setorial são (1) o fato de o Estado brasileiro considerar válidas as decisões do CONAR, que são tomadas por *juizadores privados* e produzidas mediante aplicação de um Código igualmente *privado* e (2) também o fato de o Poder Judiciário reconhecer que as decisões tomadas pelo CONAR são indicativas de presunção de veracidade ou não das alegações de direito que possam ser formuladas pelas partes envolvidas em um litígio perante o Poder Judiciário.⁴³²

O CONAR e seu Código privado, mesmo que não tenham o condão de afastar a aplicação de normas estatais a litígios judiciais relativos ao setor da publicidade, configuram exemplo de autorregulamentação setorial *privada eficaz*, reconhecida pelo mercado e pelo Estado, *convivendo o direito de produção privada com aquele legislado pelo Parlamento*.

Casos semelhantes ocorrem na Itália, onde associações representativas dos meios de comunicação, das agências e dos publicitários formaram o Instituto de Autodisciplina Publicitária (Istituto dell'Autodisciplina Pubblicitaria – IAP), que zela pelo cumprimento do Código de Autodisciplina Publicitária – CAP (Código dell'Autodisciplina Pubblicitaria Italiana), cujos dispositivos normativos são direcionados àqueles profissionais que compõem as associações.⁴³³

O CAP, tal como ocorre no exemplo brasileiro, também é aplicado “por uma *Comissão de Controle* e por um *Júri*, formados por personalidades independentes nomeadas pelo Instituto”.⁴³⁴ O órgão colegiado – a Comissão de Controle – tanto julga os processos relativos à apuração de descumprimento das regras contidas no Código, quanto atua preventivamente, analisando se determinada peça publicitária viola alguma norma privada do CAP.⁴³⁵ Já o Júri pode, também, julgar reclamações feitas por pessoas

⁴³² Tribunal de Justiça do Distrito Federal/DF – agravo de instrumento ag. 99811420058070000 df 0009981-14.2005.807.0000 (TJ-DF) – Data de publicação: 23.02.2006.

“Ementa: Processo Civil. Ação Cominatória. Antecipação de tutela deferida. Proibição de veiculação de publicidade. Alegação de concorrência desleal. Expressão de uso comum. Verossimilhança do direito alegado e fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação afastados. 1. *As decisões do CONAR – Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária, apesar de não vincularem o Judiciário, indicam a presença ou não de verossimilhança do direito alegado.* 2. Inexistem elementos caracterizadores da ocorrência de publicidade irregular apta a ensejar a concorrência desleal, ante a impossibilidade de confusão entre as empresas ou de captação ilegal de clientela. 3. Restam afastados os requisitos necessários à concessão da tutela antecipada, quais sejam a verossimilhança do direito alegado e o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, tudo nos termos dos artigos 273 do CPC e 209, § 1º, da Lei nº 9.279/96. 4. Agravo conhecido e provido.” (Grifos nossos.)

⁴³³ Vital Moreira, *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*, Almedina, Coimbra, 1997, p. 81.

⁴³⁴ *Ibidem*, p. 81.

⁴³⁵ *Ibidem*, p. 81.

que venham a ser prejudicadas por campanha ou peça publicitária, mesmo que o reclamante seja terceiro em relação ao setor.⁴³⁶

Uma vez tenha decidido que a peça publicitária violou normas do CAP, o autorregulador italiano exorta o autor da peça a deixar de publicá-la. Caso o responsável pela peça não atenda à decisão do Júri, poderá suportar sanções que serão aplicadas pelas associações às quais ele estiver vinculado, não se admitindo, nesta hipótese, “impugnação junto dos tribunais”.⁴³⁷

A abordagem do tema da autorregulação publicitária na Itália, feita por Vital Moreira, vai além do debate sobre o caráter *contratual* da relação que se estabelece entre o regulador e os participantes do setor que aderem às suas normas, para avançar no reconhecimento feito por autores como M. S. Spolidoro⁴³⁸ e Cessari Sforza⁴³⁹ de uma “pluralidade de ordenamentos jurídicos, [sustentando] a autonomia e a natureza autopoietica do sistema de auto-regulação publicitária e a sua irredutibilidade à autonomia contratual. A autodisciplina publicitária não seria, por isso, o produto da autonomia contratual, e as suas infracções não seriam violações contratuais, mas, sim, produto de uma outra autonomia normativa, a autonomia organizativa e associativa”.⁴⁴⁰

Ao levar em consideração que os efeitos da atividade publicitária, exercida de acordo com as normas de produção privada, sob a ótica subjetiva, não se limitam aos participantes do setor, notadamente, (1) veículos, (2) agências e (3) publicitários, mas causam impacto também nos destinatários das campanhas e peças publicitárias, a definição dessa relação através de uma visão contratualista parece equivocada, já que os consumidores não participaram desse suposto contrato, razão pela qual a abordagem que aponta para a existência de uma *pluralidade de ordenamentos jurídicos*, ao sentir desta dissertação, parece melhor explicar o fenômeno normativo, mediante o qual sistemas autopoieticos podem ser criados regulando-se setorialmente determinada atividade econômica.

De modo semelhante ao que se passa no Brasil e na Itália, também na Península Ibérica existem preceitos normativos privados aplicáveis ao setor publicitário. Portugal tem centenas de agentes com atuação no mercado publicitário, vinculados à associação

⁴³⁶ Ibidem, p. 81.

⁴³⁷ Ibidem, p. 81.

⁴³⁸ M. S. Spolidoro, “Le sanzioni del Codice di Autodisciplina Pubblicitaria”, in *Rivista di diritto industriale*, 1989, parte I, pp. 93-105, apud Vital Moreira, *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*, Almedina, Coimbra, 1997, p. 81.

⁴³⁹ A. Cessari, “Pluralismos, neocorporativismo, neocontratualismo”, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, II, pp.167-200, apud Vital Moreira, *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*, Almedina, Coimbra, 1997, p. 81.

⁴⁴⁰ Vital Moreira, *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*, Almedina, Coimbra, 1997, p. 82.

Auto-Regulação Publicitária, a qual, atuando em sintonia com sistemas de autorregulação europeu e mundial, notadamente com EASA – European Advertising Standards Alliance e ICAS – International Council of Advertising Self-Regulation,⁴⁴¹ mantém um Código de Conduta de produção privada.

Na Espanha, a autorregulação é feita através do AUTOCONTROL, que mantém um código privado inspirado no Código de Práticas Publicitárias da Câmara Internacional do Comércio.⁴⁴² A atuação do regulador privado espanhol também pode ser exercida de forma *preventiva*, com funções *copy advice*, admitindo-se que as peças publicitárias sejam corrigidas como forma de adaptar-se seu conteúdo ao Código de publicidade ou, *posteriormente* à divulgação da peça, com o julgamento, pelo Jurado de Publicidade, de disputas e reclamações oriundas do setor publicitário.

IV.d.2) Normas técnicas privadas

No Brasil, afirma a entidade privada denominada ABNT – Associação Brasileira de Normas Técnicas – ter como missão “prover a sociedade brasileira de conhecimento sistematizado, por meio de documentos normativos, que permita a produção, a comercialização e o uso de bens e serviços de forma competitiva e sustentável nos mercados interno e externo, contribuindo para o desenvolvimento científico e tecnológico, proteção do meio ambiente e defesa do consumidor”.⁴⁴³

No cumprimento de sua missão, a ABNT atua em conformidade com organizações internacionais que têm como objeto a produção de normas técnicas privadas, em especial a International Organization for Standardization (Organização Internacional de Normalização – ISO), a Comisión Panamericana de Normas Técnicas (Comissão Pan-Americana de Normas Técnicas – Copant) e a Asociación Mercosur de Normalización (Associação Mercosul de Normalização – AMN).

A atuação alinhada da ABNT com a International Organization for Standardization – ISO e outros certificadores internacionais acaba por resultar em padronizações internacionais para diversos setores econômicos.

As normas técnicas produzidas pela ABNT são exclusivamente privadas, não passando pelo crivo do Parlamento; no entanto, o cumprimento das mesmas funciona como pressuposto necessário à obtenção de certificados que vão possibilitar a empresas

⁴⁴¹ Informações disponibilizadas no endereço eletrônico: <https://auto-regulacaopublicitaria.pt/quem-somos> Acesso em: 9 jan. 2020 às 10:24 h., hora de Brasília.

⁴⁴² José Domingo Gómez Castallo, “La Autorregulación de la Publicidad en España”, in *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n. 68, 2011, editada pela Associação Portuguesa de Direito do Consumo, p. 79-98.

⁴⁴³ Informações disponibilizadas no endereço eletrônico: <http://www.abnt.org.br/abnt/missao-visao-e-valores> Acesso em: 9 jan. 2020 às 19:25 h., hora de Brasília.

com atuação em determinados setores firmar contratos de fornecimento de produtos ou serviços, sendo comum que o contratante exija a comprovação das certificações.

Portanto, embora sob a ótica do rigor formal tais normas possam ser tomadas como não obrigatórias, na realidade efetiva das relações comerciais acabam elas por serem exigidas das empresas que pretendam expandir seus negócios e firmar contratos relevantes com outras companhias, gerando efeitos jurídicos concretos, já que utilizadas, muitas vezes, como pressupostos necessários à contratação.

Quando se trata de contratações realizadas pelo setor público, há controvérsia sobre se o governo pode exigir, como requisito ou critério de escolha da empresa a ser contratada, a existência de determinadas certificações.^{444 445} Rafael Oliveira afirma que o poder público pode exigir, na aquisição de bens, a apresentação, pelos interessados em contratar com a administração pública, da certificação por qualquer instituição oficial competente ou por entidade credenciada, apontando que o Tribunal de Contas da União (Brasil) firmou entendimento segundo o qual as certificações técnicas (ex.: certificação ISO, registro no INPI etc.) não podem ser utilizadas como critério de habilitação do licitante, mas podem ser usadas como critério classificatório.⁴⁴⁶

Caso seja adotada a posição que entenda legal essa exigência, as normas técnicas de produção privada estarão, mesmo que de forma indireta, sob a ótica hierárquica, na mesma posição da legislação estatal que fixar os critérios para a contratação pública, vez que ambos os instrumentos normativos poderão ser utilizados para classificar ou desclassificar o concorrente à celebração do contrato.

⁴⁴⁴ “Em suma, há enorme risco de que a exigência da certificação ISO represente uma indevida restrição ao direito de participar da licitação. Mas isso não é o mais grave, pois existe questão jurídica de muito maior relevância. Trata-se de que a ausência da certificação ISO não significa inexistência de requisitos de habilitação. Uma empresa pode preencher todos os requisitos para obtenção da certificação, mas nunca ter tido interesse em formalizar esse resultado. Exigir peremptoriamente a certificação como requisito de habilitação equivaleria a tornar compulsória uma alternativa meramente facultativa: nenhuma lei condiciona o exercício de alguma atividade à obtenção do Certificado ISO.” Marçal Justen Filho, *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 11. ed, Dialética, São Paulo, 2005, p. 339.

⁴⁴⁵ Sobre o tema, o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais/BR editou súmula com o seguinte teor: Súmula 117 (publicada no D.O.C. de 12/12/2011, p. 2):

“Nos atos convocatórios de licitação, as Administrações Públicas Estadual e Municipais não poderão exigir apresentação de certificado de qualidade ISO ou outro que apresente as mesmas especificidades como requisito para habilitação de interessados e classificação de propostas.”

Monografia vencedora do 1º Concurso de Monografias Aldo Manuzio, promovido pela Faculdade de Tecnologia Gráfica do Serviço Nacional da Indústria/BR – SENAI, abordou o tema sob a ótica específica da contratação de serviços gráficos. Cristiane Tonon Silvestrin, *A utilização de provas digitais em conformidade com a NBR ISO 12647-7 como critério qualitativo na compra de materiais gráficos por uma instituição pública*, Ed. SENAI-SP, São Paulo, 2012.

⁴⁴⁶ Rafael Carvalho Rezende de Oliveira, *Licitações e Contratos Administrativos, Teoria e Prática*, 4. ed., Método, p. 165.

E não só as empresas e corporações buscam obter certificações relativas à excelência de suas atuações. Também no setor público as certificações são cada vez mais demandadas. O Instituto Nacional da Propriedade Industrial de Portugal utiliza as certificações ISO para demonstrar que seu sistema de qualidade atende à norma “NP EN ISO 9001, desde 2006”.⁴⁴⁷

A efetividade dessas normas não é aferida apenas no contexto comercial, uma vez que são também utilizadas como parâmetros e fonte de direito para o julgamento de casos concretos pelo Poder Judiciário brasileiro.

Como primeiro exemplo do grau de eficácia das normas técnicas da ABNT tem-se a própria forma em que as teses de pós-graduação devem ser apresentadas na Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. A UERJ, universidade *pública* estadual, exorta seus pesquisadores, notadamente os alunos de mestrado e doutoramento, a seguirem um “Roteiro para apresentação de teses e dissertações da Universidade do Estado do Rio de Janeiro”.⁴⁴⁸ Quando se consulta a edição desse roteiro de 2012,⁴⁴⁹ verifica-se que uma melhor formatação das teses a serem apresentadas deve seguir as normas técnicas editadas pela ABNT sobre o tema. Portanto, uma formatação mais adequada de apresentação de teses dos cursos de pós-graduação (mestrado e doutorado) a ser seguida por alunos de uma *universidade pública* é pautada por normas *privadas*, o que demonstra a eficácia de tais normas.

Como outros exemplos da força normativa dos preceitos contidos nas normas técnicas, citam-se dois casos em que o Poder Judiciário brasileiro se utilizou das mesmas como parâmetro para balizar suas decisões.

O *primeiro* fundamenta-se na NBR 5434/1982 da ABNT: em 7 de novembro de 2017, foi este normativo *privado* utilizado pelo Superior Tribunal de Justiça brasileiro, instância máxima em temas infraconstitucionais, para fundamentar o julgamento do Recurso Especial - REsp. nº 1234966 e reformar acórdão do Tribunal de Justiça do Estado Rio de Janeiro.

⁴⁴⁷ Certificação NP EN ISO 9001: 2008:

“Com o nosso sistema de gestão da qualidade comprometemo-nos a desenvolver todos os esforços para que possamos atingir níveis de satisfação cada vez mais elevados, correspondendo às expectativas e necessidades de quem recorre ao INPI. O sistema de gestão da qualidade cumpre os *standards* internacionais de referência, e é certificado pela norma NP EN ISO 9001, desde 2006.” Disponível em: <https://inpi.justica.gov.pt/sobre-o-inpi/qualidade-do-servico> Acesso em: 9 jan. 2020 às 10:27 h., hora de Brasília.

⁴⁴⁸ O roteiro completo para a apresentação das teses está disponível no seguinte endereço eletrônico: http://www.bdtu.uerj.br/roteiro_uerj_web.pdf Acesso em: 12 jan. 2020, 13:34 h., hora de Brasília.

⁴⁴⁹ Consulta realizada em 29 set. 2019 às 08:43 h., hora de Brasília. Não foram consultados outros roteiros.

A hipótese julgada pela Justiça brasileira tratava de pedido de indenização formulado por parente de vítima fatal de descarga elétrica que atingiu um vergalhão que estava sendo utilizado pela vítima para desentupir um ralo em seu imóvel. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro entendeu que a culpa seria exclusivamente da vítima, que teria agido com negligência ao se utilizar de um vergalhão com mais de oito metros de comprimento para desentupir o ralo de seu apartamento, acabando por encostar o vergalhão à rede elétrica, recebendo a descarga e vindo a falecer.

A parte autora da ação recorreu, sendo apurado no processo que, embora pudesse ter a vítima agido com negligência ao se utilizar de vergalhão com mais de oito metros de comprimento, que acabou por encostar na rede elétrica, a empresa concessionária de energia elétrica também teria culpa no evento, pois deixara de respeitar o distanciamento mínimo do prédio, *exigido por norma privada técnica NBR da ABNT*, que fixou os parâmetros para colocação da rede elétrica.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em resumo, havia assim decidido:

Ementa: “Ação ordinária. Empresa concessionária de energia elétrica. Choque em fio de alta tensão. Acidente fatal. Culpa exclusiva das vítimas. Utilização de vergalhão que ultrapassa os 8,00m para desentupimento de ralo. Contato com a rede elétrica. Conduta negligente. Exclusão da responsabilidade da ré. Desprovimento do apelo.” (e-stj, fl. 662).

Como um dos fundamentos para reformar o acórdão acima, o Superior Tribunal de Justiça brasileiro expressamente se utilizou de uma norma técnica privada, afirmando:

“A despeito da culpa das vítimas, também se extrai da descrição dos fatos pelas instâncias ordinárias que ficou devidamente demonstrado que a concessionária demandada não cumpriu com seu dever de correto posicionamento da rede de energia elétrica de média tensão que mantém ou mantinha em frente ao imóvel onde se deu o acidente. E, por isso, deve ser responsabilizada proporcionalmente pelo evento danoso.

Ao afastar totalmente a responsabilidade da concessionária de energia elétrica, para atribuir culpa exclusiva às vítimas pelo evento danoso, o acórdão recorrido merece parcial reforma.

Diante do contexto fático exposto pelas instâncias ordinárias, vê-se que as vítimas praticaram conduta perigosa ao se utilizarem de um vergalhão de aço com 8,6 metros de comprimento para desentupir um ralo no terraço superior da residência, sito próximo à rede elétrica.

No entanto, também foi constatado o descumprimento, por parte da concessionária demandada, dos parâmetros de afastamento mínimo (vertical e horizontal) da rede elétrica, estabelecidos nas Normas Técnicas de Segurança (NBR 5434/1982). [...] *Assim, o descumprimento das medidas de segurança impostas pelas normas técnicas – fato incontroverso nos autos –, caracteriza a concorrência de culpa por parte da concessionária de energia elétrica e o consequente dever de indenizar.”*

No *segundo* caso, também o Superior Tribunal de Justiça do Brasil, ao julgar, em 24 de março de 2010, o Recurso Especial - REsp. nº 1185182/PR, manteve entendimento do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que assim havia decidido, com base na norma técnica privada ISO 2408/2004:

Ementa: “ADMINISTRATIVO. IMPORTAÇÃO DE MERCADORIA. CONTROLE ADUANEIRO. CONFORMIDADE COM NORMA TÉCNICA. INTERNACIONAL. No caso dos autos, para os cabos de aço importados há norma internacional, qual seja ISO 2408/2004. Estando o produto adequado à normatização internacional, não pode a autoridade aduaneira inquirir o produto como inadequado ao consumo, ou pretender a imputação de má-fé de qualquer espécie. A venda posterior do produto deve indicar a parametrização em que se encaixa (norma ABNT ou certificação ISO), o que, no entanto, é matéria alheia ao procedimento aduaneiro.”

Como visto, volta a debate o tema da eficácia da norma como critério de sua inserção no campo do estudo do direito. Nos casos acima mencionados, as regras técnicas de produção *privada* tiveram eficácia normativa suficiente para, no *primeiro* caso, ser utilizada como um dos fundamentos decisórios de reforma de um acórdão proferido por órgão colegiado do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro e, no *segundo*, para manter decisão judicial proferida em oposição à atuação da administração pública aduaneira.

IV.d.3) Basileia

Ao se tratar, nesta dissertação, de normatizações não estatais reveladas mediante *soft laws*, buscou-se retomar o conceito desenvolvido na parte teórica, segundo o qual a definição do que pode ou não ser inserido no campo do estudo do direito deve considerar o critério da *eficácia da norma*, de sorte que determinadas regras postas através de *soft laws* podem influenciar de forma mais eficaz a conduta daqueles a ela subsumidos do que certas *hard laws* estatais. Isso pode ocorrer em razão do consenso formado a respeito da adoção do modelo de comportamento contido na norma não estatal.

Ao seguir nessa rota, a pesquisa desenvolvida para esta dissertação deparou-se com relevante produção normativa, difundida mediante *soft laws*, mas que tem o condão de pautar o comportamento do sistema bancário de diversos países, interferindo na política macroeconômica dos Estados e repercutindo no cenário social.

Trata-se dos *acordos de Basileia*, que são elaborados no ambiente do *Basel Committee on Banking Supervision*. A regulação financeira prudencial acolhe as recomendações que surgem do consenso dos membros do Comitê de Basileia, assim conhecido por se reunirem na cidade de Basileia, Suíça, desde 1974.⁴⁵⁰

Uma vez que tem como objetivos debater a regulação, a supervisão e incentivar as melhores práticas que possam ser adotadas pelo sistema bancário em busca da manutenção de estabilidade financeira, o Comitê de Basileia para Supervisão Bancária emite recomendações e difunde princípios utilizados na avaliação da “*eficácia* da supervisão bancária de um país”.⁴⁵¹

Como o estudo relativo aos temas tratados no Comitê e o conteúdo das suas recomendações, regra geral, são matérias afetas aos economistas e não se submetem ao escrutínio público, as decisões tomadas passam quase que imperceptíveis, porém as recomendações vão surtir efeitos no sistema bancário de boa parte do mundo.

A área de abrangência territorial das *recomendações de Basileia* pode ser traçada utilizando-se como critério a própria composição do Comitê,⁴⁵² do qual fazem parte representantes das autoridades monetárias – Bancos Centrais – dos seguintes países: (i) *América Latina*: Argentina, Brasil e Peru; (ii) *América do Norte*: México, Canadá e EUA; *Europa*: União Europeia, França, Alemanha, Bélgica, Itália, Luxemburgo, Países Baixos,

⁴⁵⁰ Manuel Magalhães, “A evolução do direito prudencial bancário no pós-crise: Basileia III e CRD IV”, in Paulo Câmara e Manuel Magalhães (coords.), *Novo Direito Bancário*, Almedina, 2012, p. 295.

⁴⁵¹ “O Comitê de Basileia para Supervisão Bancária (*Basel Committee on Banking Supervision* – BCBS) é o fórum internacional para discussão e formulação de recomendações para a regulação prudencial e cooperação para supervisão bancária, composto por 45 autoridades monetárias e supervisoras de 28 jurisdições. O Comitê de Basileia – criado em 1974 no âmbito do Banco de Compensações Internacionais (*Bank for International Settlements* – BIS) tem por objetivo reforçar a regulação, a supervisão e as melhores práticas bancárias para a promoção da estabilidade financeira.

As recomendações do Comitê de Basileia visam harmonização da regulação prudencial adotadas pelos seus membros, com objetivo de melhorar a competição entre os bancos internacionalmente ativos, cuja relevância é crescente em face da internacionalização dos mercados financeiros. Além das recomendações, o Comitê divulga princípios essenciais para supervisão bancária eficaz (*Basel core principles*), padrão utilizado internacionalmente para avaliação da eficácia da supervisão bancária de um país. O Banco Central do Brasil (BCB), como membro do Comitê da Basileia desde 2009, busca assegurar que a convergência da regulação financeira brasileira para as recomendações do Comitê de Basileia considere as condições estruturais da economia brasileira.”

Fonte: *site* oficial do Banco Central do Brasil. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/recomendacoesbasileia>, Consulta realizada em 23 set. 2019, às 19:03 h.

⁴⁵² Dados obtidos no endereço eletrônico do Comitê. Disponível em: <https://www.bis.org/bcbs/membership.htm> Acesso em: 9 jan. 2020 às 10:30 h., hora de Brasília.

Espanha, Suécia, Suíça, Reino Unido, Rússia; *África*: África do Sul; *Ásia*: Japão, China, Coreia, Índia, Indonésia, Hong Kong, Arábia Saudita, Singapura; *Austrália*: Austrália.

O Comitê de Basileia foi criado pelo G-10 no contexto histórico da primeira crise do petróleo (1973), bem como da quebra de instituições financeiras como o Franklin National dos Estados Unidos da América e o Herstatt Bank na Alemanha (1974),⁴⁵³ sendo que, hoje, suas recomendações são seguidas por representantes de, pelo menos, vinte e oito Bancos Centrais. O setor bancário de Portugal, igualmente, adota as orientações de Basileia.⁴⁵⁴

A partir da atuação dos representantes dos Bancos Centrais, formam-se normas, postas mediante recomendações que podem ser classificadas como *soft laws*, que vão orientar boa parte da atuação do setor bancário mundial.

Convém ressaltar que, muito além de exercerem as atividades próprias e inerentes à gestão macroeconômica relativa à política cambial e monetária, os Bancos Centrais funcionam como entes reguladores do mercado financeiro, o que implica admitir que suas decisões causam impacto e interferem na vida de todas as pessoas.

O poder e a responsabilidade dos Bancos Centrais podem ser exemplificados com as atribuições reunidas pelo Federal Reserve norte-americano, pois cabe a este: [1] “* levar a cabo a política monetária do país influenciando as condições monetárias e de crédito na economia, tendo por objetivo atingir o máximo emprego, preços estáveis e taxas de juro de longo prazo moderadas; [2] * supervisionar e regulamentar as instituições bancárias para garantir a segurança e sustentabilidade do sistema bancário e financeiro do país e proteger os direitos de crédito dos consumidores; [3] * manter a estabilidade do sistema financeiro e conter os riscos sistêmicos que possam surgir nos mercados financeiros; e [4] * oferecer serviços financeiros às instituições depositantes, ao Governo norte-americano e às instituições estrangeiras oficiais, incluindo desempenhar um importante papel na operacionalização do sistema nacional de pagamentos”.⁴⁵⁵

⁴⁵³ Marlos Lopes Godinho Erling, *Regulação do Sistema Financeiro Nacional: desafios e propostas de aprimoramento institucional*, Almedina, 2015, p. 217-229.

⁴⁵⁴ Em relação às regras prudenciais, informa o Banco de Portugal que “O Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras estabelece, em Portugal, as condições de acesso e de exercício de atividade das instituições de crédito e das sociedades financeiras, bem como o exercício da supervisão destas entidades, respectivos poderes e instrumentos.

Na vertente prudencial, o Regime Geral reflete, em larga medida, a legislação em vigor na União Europeia, que foi produzida com base nos padrões definidos pelo Comité de Supervisão Bancária de Basileia, nos acordos conhecidos como Basileia II e Basileia III.” Disponível em: <https://www.bportugal.pt/page/micro-regras-prudenciais> Acesso em: 9 jan. 2020 às 10:32 h., hora de Brasília.

⁴⁵⁵ Mohamed A. El-Erian, *A Única Solução: Bancos Centrais, instabilidade, e como evitar o próximo colapso*, trad. Mónica Silveiras, D. Quixote, 2016, p. 16.

Com o crescente alargamento das responsabilidades dos Bancos Centrais, notadamente em momentos de crises financeiras, Mohamed A. El-Erian afirma que eles estão sendo “forçados a sair do seu misterioso anonimato e orientação extremamente técnica, [...] [para serem] dramaticamente lançados para a ribalta ao tornarem-se os únicos responsáveis pelo destino da economia global”.⁴⁵⁶

A posição de El-Erian narrada no parágrafo anterior, relativa à assunção pelos Bancos Centrais da responsabilidade exclusiva pelo “[...] destino da economia global [...]”, pode conter certo exagero, porém, considerando-se a economia financeira, não se pode negar a influência decisiva dessas instituições em relação aos níveis de crédito, às taxas de inflação e mesmo à ampliação ou à redução dos postos de trabalho, já que suas decisões interferem na alocação e distribuição dos recursos financeiros.

O que parece relevante ressaltar, no âmbito desta dissertação, é o fato de que, embora não possam ser consideradas leis, notadamente se adotado o entendimento positivista da norma jurídica,⁴⁵⁷ as decisões dos representantes dos Bancos Centrais reunidos em Basileia são acatadas internamente e inseridas no aparato normativo nacional⁴⁵⁸ por meio de atos dos presidentes dos Bancos Centrais nacionais.⁴⁵⁹

No Brasil, as recomendações estabelecidas no acordo de Basileia I foram incorporadas ao arsenal normativo estatal pela Resolução do Conselho Monetário

⁴⁵⁶ Ibidem, p. 17.

⁴⁵⁷ Manuel Magalhães afirma que “O Comitê emite frequentemente recomendações ou entendimentos desprovidos de valor jurídico, mas que, graças à reputação e prestígio dos seus membros, bem como à importância dos países de que são oriundos, alcançam um grau notável de adesão, estabelecendo padrões de supervisão aceites universalmente”. Manuel Magalhães, “A evolução do direito prudencial bancário no pós-crise: Basileia III e CRD IV”, in Paulo Câmara e Manuel Magalhães (coords.), *Novo Direito Bancário*, Almedina, 2012, p. 296.

⁴⁵⁸ Antônio Menezes Cordeiro sustenta que foram as recomendações do Comitê de Basileia que inspiraram as disposições contidas na 1ª Diretriz de Coordenação Bancária: “Surgiu, assim, o acordo de 26-Set.-1975 que, no essencial, fixou as regras de que os bancos estrangeiros também se submetem à supervisão e de que esta deve ser adequada. Trata-se de matéria depois acolhida na 1ª Diretriz de coordenação bancária – a nº 77/780, de 12 de Dezembro.” Antônio Menezes Cordeiro, “Regulação econômica e supervisão bancária”, in Revista *O Direito*, ano 138, 2006, II, Almedina, p. 258.

⁴⁵⁹ “A título ilustrativo, o exemplo mais evidente de *soft law* transnacional com impacto profundo no Direito Administrativo brasileiro tem sido a adesão continuada, pelo Conselho Monetário Nacional (CMN), órgão do Ministério da Fazenda, e pelo Banco Central do Brasil (BACEN), autarquia federal vinculada ao Ministério da Fazenda, às diretrizes e princípios contidos nos documentos conhecidos como ‘Acordos de Basileia’, que resultam de deliberações internacionais efetuadas no âmbito do Comitê de Supervisão Bancária da Basileia (CSBB), instituído no âmbito do Banco de Compensações Internacionais (BIS), destinados a estabelecer diretrizes técnicas ou princípios básicos para uma regulação financeira prudencial de riscos mais eficaz. Nesse sentido, ainda que se perceba uma tendência de integração normativa do *soft law* produzido no CSBB, com as devidas adaptações e de forma gradual, por intermédio da edição formal de Resoluções e Circulares, os reguladores financeiros brasileiros participam e observam toda a atividade do Comitê ao longo do ano e respeitam as recomendações internacionalmente estipuladas, além de se submeter, periodicamente, a inspeções internacionais para a verificação da adequação do Brasil aos padrões regulatórios internacionais.” Gustavo Binenbojm, *Poder de Polícia, Ordenação, Regulação. Transformações Político-Jurídicas, Econômicas e Institucionais do Direito Administrativo Ordenador*, Ed. Fórum, Belo Horizonte, 2016, p.317.

Nacional nº 2.099, em agosto de 1994.⁴⁶⁰ Posteriormente a Basileia I, foram firmadas as recomendações conhecidas como Basileia II e Basileia III, estas últimas elaboradas em resposta à crise financeira global de 2008.⁴⁶¹

A adesão do setor bancário às recomendações constantes dos “acordos de Basileia” reflete o consenso formado nos fóruns de debate, bem como o reconhecimento da validade das decisões tomadas, que passam a ter *eficácia* na regulação prudencial de ativos.

Quando incorporadas à malha normativa nacional, essas recomendações não refletem um debate travado no Parlamento nacional, mas, sim, uma decisão tomada *para o setor*, passando a pautar a atuação dos agentes financeiros, existindo quem afirme que a atuação do Comitê auxilia na estabilidade do sistema financeiro internacional.⁴⁶²

Os acordos de Basileia servem bem à demonstração de que tais normas, que podem conter em seu processo de produção eventual *déficit democrático*, relativizando,

⁴⁶⁰ Antonio Augusto Cruz Porto, *Estado e Instituições Financeiras: intervenção, risco sistêmico e insolvência bancária*, Pillares, São Paulo, 2014, p. 152.

⁴⁶¹ “O Acordo de Basileia I (1988) estabeleceu recomendações para as exigências mínimas de capital para instituições financeiras internacionalmente ativas para fins de mitigação do risco de crédito. Em 1996, essas recomendações foram aprimoradas com a incorporação de requerimentos para a cobertura dos riscos de mercado no capital mínimo exigido das instituições financeiras.

As recomendações conhecidas como Basileia II (2004), revisão do primeiro Acordo, agregaram princípios para uma avaliação mais precisa dos riscos incorridos por instituições financeiras internacionalmente ativas. Direcionado aos grandes bancos, o documento detalha os três pilares para a regulação prudencial:

Pilar 1: critérios para o cálculo dos requerimentos mínimos de capital (riscos de crédito, mercado e operacional);

Pilar 2: princípios de supervisão para a revisão de processos internos de avaliação da adequação de capital, de forma a incentivar a aplicação, pelos próprios supervisionados, de melhores práticas de gerenciamento de riscos por meio do seu monitoramento e mitigação;

Pilar 3: incentivo à disciplina de mercado por meio de requerimentos de divulgação ampla de informações relacionadas aos riscos assumidos pelas instituições.

Em 2006, com o avanço das discussões sobre requerimentos de risco de mercado para a carteira de negociação (*trading book*) das instituições financeiras, as recomendações foram compiladas de forma a permitir única referência às recomendações do Comitê. O arcabouço de Basileia II representou importante melhoria para avaliação de riscos, tornando os requisitos prudenciais mais sensíveis ao risco, bem como considerando aspectos associados às crescentes inovações financeiras.

Basileia III

O arcabouço das recomendações conhecidas como “Basileia III” é a resposta à crise financeira internacional de 2007/2008. Divulgado pelo Comitê de Basileia a partir de 2010, as novas recomendações têm como objetivo o fortalecimento da capacidade de as instituições financeiras absorverem choques provenientes do próprio sistema financeiro ou dos demais setores da economia, reduzindo o risco de propagação de crises financeiras para a economia real, bem como eventual efeito dominó no sistema financeiro em virtude de seu agravamento.” Banco Central do Brasil, disponível em: <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/recomendacoesbasileia>, consulta realizada em 24 set. 2019 às 08:50 h., horário de Brasília.

⁴⁶² “[...] tendo como seu principal órgão o Comitê de Basileia que tem como atributos a responsabilidade de manter a estabilidade do sistema financeiro internacional, bem como o estabelecimento de códigos de conduta orientados para o mercado financeiro internacional.” Luís Filipe Joaquim Gaspar, “O BNA no seguimento das recomendações de Basileia”, in *Revista de Estudos Avançados*, Universidade Agostinho Neto, ano 1, maio 2013, n. 2, p. 293.

também, o conceito clássico de soberania do Estado, acabam por terem *eficácia*, regulando um mercado *setorial* estruturado em nível mundial. Assim, passa o Estado a se submeter a normatizações *setoriais* produzidas externamente.

Paulo Otero leciona que “a inserção do próprio Estado no âmbito de uma sociedade internacional dotada de organizações com vocação universal e uma dinâmica produtora de um Direito que em certas áreas já não se limita a regular, exclusivamente sob o império da vontade dos Estados interessados, relações de cooperação e de coordenação, antes desenvolveu efectivas relações de subordinação dos Estados a certos princípios e normas dotados de uma imperatividade que a todos vincula, independentemente do seu consentimento, da sua vontade ou até mesmo da sua participação no respectivo processo de formação, transformou a força normativa de certos sectores do Direito Internacional Público e a correspondente configuração da soberania dos Estados”.⁴⁶³

Tem-se que os acordos de Basileia demonstram uma produção normativa *setorial*, com impacto relevante na sociedade, cuja fonte não é estatal, porém pode ser considerada híbrida, pois resultante do fórum de debates onde têm assentos os representantes dos Bancos Centrais.

IV.d.4) Outras normas privadas

Gustavo Binenbojm, em livro no qual contextualiza o poder de polícia administrativo em relação à atual e nova realidade mundial, aponta para o fato de que “a partir da segunda metade do século XX, observa-se a institucionalização e a consolidação de organizações internacionais – supra-estatais e não estatais – com propósitos de estabelecimento de diretrizes normativas consensuais a respeito de assuntos específicos, notadamente, com a predominância de temas econômicos”.⁴⁶⁴

Após notar que as referidas organizações podem não seguir o tradicional modelo daquelas que são compostas por Estados nacionais, Binenbojm aponta para as típicas organizações *privadas* produtoras de normas que vão conformar o comportamento coletivo, para além do direito estatal, que extrapolam, também, os limites geográficos das fronteiras nacionais. Entre essas organizações estão a “International Standard Association (ISO) e a Agência Mundial Antidoping (WADA)”.⁴⁶⁵

⁴⁶³ Paulo Otero, “Fragmentação da Constituição Formal”, in Elisa Rangel Nunes (org. e coord.), *O Direito Contemporâneo em Portugal e no Brasil*, coordenadores Ives Gandra da Silva Martins e Diogo Leite de Campos, Almedina, Coimbra, 2004, p. 21.

⁴⁶⁴ Gustavo Binenbojm, *Poder de Polícia, Ordenação, Regulação. Transformações Político-Jurídicas, Econômicas e Institucionais do Direito Administrativo Ordenador*, Ed. Fórum, Belo Horizonte, 2016, p. 309.

⁴⁶⁵ Ibidem, p. 309.

São ainda exemplos de normas privadas que produzem efeitos no plano empresarial transnacional as que estabelecem modelos normativos contábeis, que podem ser absorvidos pelo direito do Estado, como as regras internacionais de contabilidade representadas pelas siglas IAS, IFRS e SIC, derivadas da International Accounting Standards Committee Foundation, que nomeia os membros do International Accounting Standards Board, atuando, igualmente, o International Financial Reporting Committee. Essas compilações de princípios contábeis estabelecem os modelos conhecidos como International Accounting Standards e International Financial Accounting Standards, como afirma J. L. Saldanha Sanches.⁴⁶⁶

Além das citadas normatizações privadas com aplicação em âmbito internacional, observa Gustavo Binenbojm que não só entidades privadas produzem normas que buscam padronizar comportamentos, mas há, “ainda, entidades híbridas, formadas por Estados e entes privados, como é o caso da Comissão do Codex Alimentarius, criada pela Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura (FAO) e pela Organização Mundial da Saúde (OMS) para a elaboração de um código contendo *standards* para a harmonização das regulações nacionais relativas a alimentos, com vistas à proteção dos consumidores. Tal Comissão é composta tanto por órgãos ou entidades estatais, como por entidades privadas, representativas de produtores e de consumidores”.⁴⁶⁷

O reconhecimento de que existem comportamentos que são pautados por *soft laws*, bem como a sustentação da existência de uma *nova Lex mercatoria* e, ainda, a formação de normas que não respeitam, quanto à sua produção, o rito legislativo clássico dos Parlamentos, apresentam-se como uma realidade nova que leva a se questionar a tradicional compreensão do que seja o direito, o qual não se limitaria mais às *leis* impostas pelos Estados soberanos.

IV.e) Pluralismo jurídico decisório

Para além da produção de normas balizadoras de comportamentos coletivos, como foi exposto nos títulos anteriores, inclusive o destinado à análise da *nova Lex mercatoria*, é crescente também a transferência da resolução de litígios para o setor privado, mediante mediações e arbitragens cujas realizações não são de exclusividade do Estado-juiz.

Em sede de comércio exterior, a arbitragem já se apresenta como lugar-comum na resolução dos conflitos; o que surge como dado relevante é o incremento e a ampliação

⁴⁶⁶ J. L. Saldanha Sanches, “Os IAS/IFRS como fonte de direito ou o efeito *Monsieur Jourdain*”, in *Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco*, v. II, Editora da Faculdade de Direito de Lisboa, 2006, p. 187-215.

⁴⁶⁷ Ibidem, p. 313.

da utilização do julgamento privado de litígios internos que não estão necessariamente relacionados com a atividade mercantil.

Essa transferência da resolução dos litígios do Estado-juiz para o árbitro privado parece derivar não só do processo de globalização econômica e mesmo cultural, mas ocorrer, também, por força da redução histórica da autonomia e da eficácia do direito do Estado.⁴⁶⁸

Instaura-se, assim, o que tem sido denominado *crise da Justiça* que, dentre outros aspectos, “manifesta-se [...] pelo aumento da procura dos seus serviços, explosão de litigiosidade e por falta de recursos financeiros, técnicos, profissionais e organizacionais do sistema judicial para responder a este aumento da demanda. Assim, arremata Souza Santos (2000, p. 143), ao longo dos últimos anos, as chamadas reformas da administração da justiça balançam entre uma ‘administração tecnocrática da justiça’ e uma ‘desjudicialização da justiça’”.⁴⁶⁹

Nesse contexto, as ditas formas alternativas de resolução de conflitos, sejam elas fundadas na autocomposição, na heterocomposição, na mediação, na conciliação ou, por fim, na arbitragem, acabam por ganhar força, na medida em que afastam o Estado da solução dos conflitos, a qual passa a ser atividade também privada, quebrando-se o monopólio se não da jurisdição, certamente, do julgamento.

Autocomposição:

Na autocomposição, as partes em litígio, sem a intervenção de terceiros, sejam eles privados ou componentes do aparato estatal, resolvem de forma autônoma a divergência, criando a norma que será aplicada ao caso concreto em específico.

Essa forma de resolver o litígio implica a utilização de técnicas de negociação pelas partes em conflito, tendo como finalidade a composição amigável da lide sem a necessidade de intervenção de terceiros, sejam estes juízes ou agentes estatais ou privados. O funcionamento da autocomposição ocorre à “margem de qualquer atividade estatal”,⁴⁷⁰ substituindo a atuação jurisdicional.⁴⁷¹

A autocomposição, que tem como instrumentos mais comuns de realização a transação, a renúncia do exercício de direitos disponíveis e a submissão, pode tanto

⁴⁶⁸ Marco Aurélio Gumieri Valério, “The alternative dispute resolutions and the search for social peace”, *RDPRIV*, v. 69, set. 2016, p. 1. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br>. Acesso em: 9 jan. 2020.

⁴⁶⁹ Ibidem.

⁴⁷⁰ Ibidem, p. 4.

⁴⁷¹ Ibidem.

ocorrer antes de instaurada uma lide judicial, evitando-se a deflagração desta, como também no seu curso, colocando fim ao processo.⁴⁷²

Heterocomposição:

Ao contrário da autocomposição, que limita às partes envolvidas a solução da controvérsia, na heterocomposição um terceiro, integrante do Estado (juiz) ou não, intervém no conflito para pôr fim ao litígio.

A heterocomposição demanda a intervenção de um julgador, que pode ser o juiz estatal no exercício da sua jurisdição ou um árbitro privado; ambos devem atender aos pressupostos de imparcialidade e equidistância em relação às partes.⁴⁷³

Não se limita a heterocomposição ao julgamento dado por sentença – no caso do juiz estatal –, ou mediante laudo arbitral – na hipótese da utilização da arbitragem; nessa forma de resolução de conflito, pode-se, também, lançar mão de mediação e de conciliação como formas de solver a disputa.⁴⁷⁴

Conciliação e mediação:

A conciliação apresenta-se como uma das formas de resolução de conflito na qual um terceiro busca aproximar as partes e controlar a negociação, “podendo apresentar propostas e apontar alternativas, no fim de facilitar e alcançar a autocomposição”.⁴⁷⁵

⁴⁷² “A autocomposição, ou composição amigável, técnica de negociação em que as partes chegam ao acordo de vontades sem a intervenção de terceiro, sucede-se à margem de qualquer atividade estatal, funcionando como substitutivo jurisdicional, ou seja, tem por fim prevenir a instalação de um litígio heterocomposto, todavia, nada impede que se chegue a ela posteriormente. A autocomposição, que tem na transação, na submissão e na renúncia suas formas mais comuns, pode ocorrer em dois momentos distintos: antes da demanda, [...], ou durante, pondo, dessa forma, termo ao litígio” Marco Aurélio Gumieri Valério, “The alternative dispute resolutions and the search for social peace”, *RDPRIV*, v. 69, set. 2016, p. 4. Disponível em: <https://docplayer.com.br/152587972-1-os-meios-alternativos-de-resolucao-de-conflitos-e-a-busca-pela-pacificacao-social.html>. Acesso em: 9 jan. 2020 às 08:57 h., hora de Brasília.

⁴⁷³ Marco Aurélio Gumieri Valério, “The alternative dispute resolutions and the search for social peace”, *RDPRIV*, v. 69, set. 2016, p. 4. Disponível em: <https://docplayer.com.br/152587972-1-os-meios-alternativos-de-resolucao-de-conflitos-e-a-busca-pela-pacificacao-social.html>. Acesso em: 9 jan. 2020 às 08:57 h., hora de Brasília.

⁴⁷⁴ “Na heterocomposição existe intervenção jurisdicional do Estado, que pode se materializar frente a um juiz togado, ou árbitro que, embora seja terceiro particular equidistante entre as partes, conta com o amparo legal, inclusive na aplicação de sanções. A heterocomposição, que tanto pode ser estatal ou paraestatal, surge quando um terceiro intervém na disputa, por meio do julgamento togado, da arbitragem, da mediação e da conciliação, para tentar pôr termo à lide.” Marco Aurélio Gumieri Valério, “The alternative dispute resolutions and the search for social peace”, *RDPRIV*, v. 69, set. 2016, p. 4. Disponível em: <https://docplayer.com.br/152587972-1-os-meios-alternativos-de-resolucao-de-conflitos-e-a-busca-pela-pacificacao-social.html>. Acesso em: 9 jan. 2020 às 08:57h., hora de Brasília.

⁴⁷⁵ Marco Aurélio Gumieri Valério, “The alternative dispute resolutions and the search for social peace”, *RDPRIV*, v. 69, set. 2016, p. 5. Disponível em: <https://docplayer.com.br/152587972-1-os-meios-alternativos-de-resolucao-de-conflitos-e-a-busca-pela-pacificacao-social.html>. Acesso em: 9 jan. 2020 às 08:57 h., hora de Brasília.

A conciliação busca eliminar litígio já instaurado, transferindo a solução da controvérsia das mãos do juiz do Estado para as partes, que passam a agir com o auxílio de um terceiro, neutro. Dessa forma, há quem entenda ser ela uma espécie do gênero mediação.⁴⁷⁶

Gumieri afirma que o termo mediação tem origem no latim *mediare*, que expressa a ação de mediar ou intervir.⁴⁷⁷ Assim, um terceiro desinteressado, portanto, neutro em relação às partes e ao conflito, passa a atuar como facilitador da comunicação entre os envolvidos no litígio, auxiliando na identificação por estes das suas divergências com a finalidade de obter uma composição que seja razoável para todos os envolvidos.⁴⁷⁸

O terceiro que atuará como mediador, de forma ampla, tanto poderá ser o juiz estatal ou privado (árbitro), quanto qualquer pessoa escolhida pelas partes, seja desconhecida delas ou a elas vinculada, e deverá incentivar o diálogo franco na busca de uma solução que ponha fim à disputa.⁴⁷⁹

A Lei brasileira nº 13.140, de 26 de junho de 2015, reconhece a mediação como forma de solução de controvérsias e de autocomposição de conflitos entre particulares, possibilitando seja o mediador qualquer pessoa da confiança das partes e capaz para conduzir a mediação.

⁴⁷⁶ “O termo conciliação origina-se do latim *conciliare*, que significa atrair, ajudar, harmonizar. Trata-se de um meio alternativo de pacificação social. Segundo o Novo CPC (Código de Processo Civil brasileiro), art. 165 § 2º, a conciliação é uma forma de resolução de conflitos, em que um terceiro, neutro e imparcial, facilita a comunicação entre pessoas que mantêm uma relação pontual na busca de seus interesses e na identificação de suas questões, por meio de sua orientação pessoal e direta, buscando um acordo satisfatório para ambas. A conciliação pode ser entendida, de forma ampla, como uma espécie de mediação, só que em juízo. O terceiro imparcial aproxima as partes e controla as negociações, podendo apresentar propostas e apontar alternativas, no fim de facilitar e alcançar a autocomposição. Na lição de Figueira Júnior (1999, p. 123), a ‘conciliação significa composição amigável sem que se verifique alguma concessão de quaisquer das partes a respeito do pretense direito alegado ou extinção de obrigação’.” Marco Aurélio Gumieri Valério, “The alternative dispute resolutions and the search for social peace”, *RDPRIV*, v. 69, set. 2016, p. 5. Disponível em: <https://docplayer.com.br/152587972-1-os-meios-alternativos-de-resolucao-de-conflitos-e-a-busca-pela-pacificacao-social.html>. Acesso em: 9 jan. 2020 às 08:57 h., hora de Brasília.

⁴⁷⁷ Marco Aurélio Gumieri Valério, “The alternative dispute resolutions and the search for social peace”, *RDPRIV*, v. 69, set. 2016, p. 5. Disponível em: <https://docplayer.com.br/152587972-1-os-meios-alternativos-de-resolucao-de-conflitos-e-a-busca-pela-pacificacao-social.html>. Acesso em: 9 jan. 2020 às 08:57 h., hora de Brasília.

⁴⁷⁸ Ibidem.

⁴⁷⁹ “A palavra mediação origina-se do latim *mediare*, que significa intervir, mediar. Segundo o Novo CPC, art. 165 § 3º, a mediação é uma forma de resolução de conflitos em que um terceiro, neutro e imparcial, facilita a comunicação entre partes que mantêm uma relação continuada no tempo, na busca de seus interesses e na identificação de suas questões com uma composição satisfatória para ambas. O mediador, numa interpretação ampla, pode ser uma pessoa desconhecida escolhida para esse fim, alguém vinculado às partes, o árbitro ou ainda o juiz da lide, na medida em que esses dois últimos são obrigados a propor a tentativa de conciliação das partes, vestindo-se de mediadores para tal, tenta aproximar os litigantes promovendo o diálogo entre eles a fim de que as próprias partes encontrem a solução.” Marco Aurélio Gumieri Valério, “The alternative dispute resolutions and the search for social peace”, *RDPRIV* v. 69, set. 2016, p. 4. Disponível em: <https://docplayer.com.br/152587972-1-os-meios-alternativos-de-resolucao-de-conflitos-e-a-busca-pela-pacificacao-social.html>. Acesso em: 9 jan. 2020 às 08:57 h., hora de Brasília.

Ao comporem o conflito de interesses mediante a utilização do instrumento da mediação, criam as partes em disputa a norma jurídica que irá reger o caso, tendo o Estado, neste ponto, transferido para elas a tarefa criadora do direito que resultará da composição a que chegarem e será aplicado ao caso concreto.

Arbitragem:

A arbitragem caracteriza-se como meio de heterocomposição extrajudicial aplicável na resolução de controvérsias, notadamente as contratuais, em que as partes estabelecem que os conflitos resultantes da relação jurídica material não serão submetidos aos juízes estaduais, mas, sim, decididos por árbitros privados.

Dário Vicente Moura estimava que oitenta por cento⁴⁸⁰ dos contratos relativos ao comércio internacional contêm cláusula compromissória de resolução dos litígios mediante a arbitragem,⁴⁸¹ o que revela a importância do instituto no funcionamento da atividade mercantil em um ambiente globalizado.⁴⁸²

Aponta o mesmo autor⁴⁸³ três importantes características da arbitragem: a primeira reside na sua utilização como forma de resolução do conflito ou litígio, podendo também ser utilizada como forma de compor conflito de interesse sem caráter contencioso, já que o conflito poderá não caracterizar um litígio por lhe faltarem os elementos constitutivos da pretensão e da resistência à pretensão. Assim, sob essa ótica, a arbitragem atua tanto na resolução de litígios, quanto resolvendo conflitos não litigiosos que possam surgir, por exemplo, na revisão de determinado contrato.⁴⁸⁴ Nessa hipótese,

⁴⁸⁰ Esse percentual foi apontado em obra de 1990, razão pela qual estima-se que, atualmente, o percentual de utilização da arbitragem no comércio internacional supere 80%.

⁴⁸¹ Dário Moura Vicente, *Da Arbitragem Comercial Internacional: Direito Aplicável ao Mérito da Causa*, Coimbra, 1990, pág. 17.

⁴⁸² “Nas relações comerciais internacionais a arbitragem constitui hoje um modo fundamental, e nalguns sectores de actividade mesmo o modo normal, de resolução de litígios (ver Informação Complementar). O que se explica por diversos factores, entre os quais sobressaem: a possibilidade de as partes escolherem os julgadores; a confidencialidade dos procedimentos arbitrais; a certeza que a convenção de arbitragem gera quanto ao modo pelo qual os litígios serão resolvidos; e as maiores garantias de neutralidade que as instâncias arbitrais oferecem, por comparação com as jurisdições estatais.” Nesse mesmo artigo, aponta o Professor da Universidade de Direito de Lisboa que, em 2001, “Foram apresentados no centro de arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (Paris) 566 pedidos de arbitragem; Respeitantes a 1.492 partes de 116 países diversos; Em 8,6% desses casos pelo menos uma das partes era um Estado ou entidade para-estadual; Os lugares dessas arbitragens repartiram-se por 42 países diversos; Foram designados ou confirmados ao abrigo do Regulamento de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional árbitros de 61 nacionalidades diversas; Os montantes em litígio excederam um milhão de US dólares em 54% desses casos; e foram proferidas 341 sentenças arbitrais.” Dário Moura Vicente, *Portugal e a arbitragem internacional*, Janus 2004, p. 3. Disponível em: <http://www.janusonline.pt> Acesso em: 9 jan. 2020 às 10:49 h., hora de Brasília.

⁴⁸³ Dário Moura Vicente, *Da Arbitragem Comercial Internacional: Direito Aplicável ao Mérito da Causa*, Coimbra, 1990, pág. 17.

⁴⁸⁴ Dário Moura Vicente, *Arbitragem e outros meios de resolução extrajudicial de litígios no direito moçambicano**, texto que serviu de base à palestra proferida na Beira, em 6 de novembro de 2006, a convite

ambas as partes podem estar de acordo com a necessidade de rever o contrato, não havendo conflito ou lide em relação a esse tema, e decidirem confiar a realização da revisão a um árbitro privado. A segunda característica está na “[...] subtração de litígios aos tribunais estaduais e a atribuição a particulares da competência para decidi-los”.⁴⁸⁵ A terceira reside no fato de a decisão proferida pelo árbitro ser dotada de eficácia idêntica à da sentença proferida pelo juiz estatal, produzindo, entre as partes, o mesmo efeito.⁴⁸⁶

Assim, a arbitragem é um meio não judicial de solver conflitos, podendo ser adotada antes mesmo que qualquer disputa surja, mediante cláusula arbitral, ou depois de instaurada a divergência, quando, então, as partes se utilizariam do compromisso arbitral.⁴⁸⁷

Entre as formas de resolução de conflitos acima expostas, para os fins da pesquisa realizada para este trabalho, a arbitragem é a que apresenta maior interesse, pois nela se vê uma clara substituição do juiz do Estado pelo árbitro privado, passando este a criar a norma jurídica que regerá a solução do conflito e estará contida no laudo arbitral.

Vânia A.S. Simões afirma que por volta de 90% dos contratos comerciais internacionais relativos ao *business to business* contêm cláusula arbitral, o que transforma este modo de resolução de controvérsia naquele naturalmente eleito pelo comércio internacional. Nesses casos, passa a justiça estatal a exercer “um papel secundário e subsidiário”,⁴⁸⁸ na medida em que os árbitros são pessoas físicas privadas, sem submissão

da Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane. Disponível em: <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Vicente-Dario-ARBITRAGEM-E-OUTROS-MEIOS-DE-RESOLUCAO-EXTRAJUDICIAL-DE-LITIGIOS-NO-DIREITO-MOCAMBICANO.pdf> (Consulta realizada em 13 ago. 2019, às 08:45 horas do Brasil.)

⁴⁸⁵ Dário Moura Vicente, *Arbitragem e outros meios de resolução extrajudicial de litígios no direito moçambicano**, texto que serviu de base à palestra proferida na Beira, em 6 de novembro de 2006, a convite da Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane. Disponível em: <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Vicente-Dario-ARBITRAGEM-E-OUTROS-MEIOS-DE-RESOLUCAO-EXTRAJUDICIAL-DE-LITIGIOS-NO-DIREITO-MOCAMBICANO.pdf> (Consulta realizada em 13 ago. 2019 às 08:45 horas do Brasil.)

⁴⁸⁶ Dário Moura Vicente, *Arbitragem e outros meios de resolução extrajudicial de litígios no direito moçambicano**, texto que serviu de base à palestra proferida na Beira, em 6 de novembro de 2006, a convite da Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane. Disponível em: <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Vicente-Dario-ARBITRAGEM-E-OUTROS-MEIOS-DE-RESOLUCAO-EXTRAJUDICIAL-DE-LITIGIOS-NO-DIREITO-MOCAMBICANO.pdf> (Consulta realizada em 13 ago. 2019 às 08:45 horas do Brasil.)

⁴⁸⁷ Marco Aurélio Gumieri Valério, “The alternative dispute resolutions and the search for social peace”, *RDPRIV*, v. 69, set. 2016, p. 6. Disponível em: <https://docplayer.com.br/152587972-1-os-meios-alternativos-de-resolucao-de-conflitos-e-a-busca-pela-pacificacao-social.html>. Acesso em: 9 jan. 2020 às 08:57 h., hora de Brasília.

⁴⁸⁸ Vânia Alexandra dos Santos Simões, *O direito aplicável e a jurisdição internacionalmente competente no comércio eletrônico internacional: em especial o business to business*. Dissertação apresentada como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito, Lisboa 2015, disponível no repositório eletrônico de trabalhos científicos da Universidade de Lisboa, p. 64: http://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/32091/1/ulfd133269_tese.pdf Acesso em: 9 jan. 2020 às 11:01 h., hora de Brasília

a qualquer órgão estatal, cabendo sua escolha às próprias partes, seja no momento da celebração do contrato, seja posteriormente, com a instauração do litígio.

Note-se que, como pontua referida autora, uma vez estabelecida a cláusula arbitral, torna-se a justiça estatal incompetente para solucionar os litígios que eventualmente tiverem como fundamento o contrato celebrado; passa, então, a “jurisdição” privada a atuar como protagonista na distribuição da justiça, servindo-se, ocasionalmente, da justiça estatal apenas como ferramenta para dar execução forçada às decisões que tomou; isto, em caso de resistência pela parte que se submeteu à arbitragem.⁴⁸⁹

Convém pontuar que se de um lado a instauração da resolução do litígio via arbitragem afasta a jurisdição estatal, por outro, instaurado o litígio perante a justiça estatal, não resta afastada em definitivo a “jurisdição” arbitral, podendo as partes na pendência de processo judicial optar pela arbitragem privada⁴⁹⁰ com a consequente extinção do feito judicial, fato que demonstra a prevalência da “jurisdição” privada sobre a estatal em sede de comércio internacional.

A opção pela arbitragem privada implicaria inúmeras vantagens, notadamente “a celeridade, a especialização dos árbitros, a adequação da decisão à causa, a facilidade de reconhecimento e execução da decisão noutros Estados, a flexibilidade processual, a previsibilidade, a confidencialidade e a utilização de critérios autônomos para resolver a causa”.⁴⁹¹

A possibilidade de utilização de critérios autônomos pode ser entendida não só como forma de afastar legislação eventualmente inadequada de determinado Estado, que passa a não ser aplicada pelo árbitro ao caso concreto, como, também, forma de escolha pela iniciativa privada da norma que deseja ver aplicada na solução do conflito de interesse, a qual pode resultar, igualmente, de produção não estatal. “Não podemos ignorar que na prática muitas sentenças arbitrais são fundamentadas com base na *Lex mercatoria*”,⁴⁹² sendo esta de produção não estatal, razão pela qual podem os contratantes

⁴⁸⁹ Ibidem.

⁴⁹⁰ Vânia Alexandra dos Santos Simões, *O direito aplicável e a jurisdição internacionalmente competente no comércio eletrônico internacional: em especial o business to business*. Dissertação apresentada como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito, Lisboa 2015, disponível no repositório eletrônico de trabalhos científicos da Universidade de Lisboa: http://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/32091/1/ulfd133269_tese.pdf Acesso em: 9 jan. 2020 às 11:01 h., hora de Brasília

⁴⁹¹ Ibidem.

⁴⁹² Vânia Alexandra dos Santos Simões, *O direito aplicável e a jurisdição internacionalmente competente no comércio eletrônico internacional – em especial o business to business*. Dissertação apresentada como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito, Lisboa 2015, p. 74, disponível no repositório

afastar a jurisdição e o arsenal normativo estatais, e optarem pela solução da controvérsia utilizando-se da *Lex mercatoria* como norma de regência material do caso.

A solução de controvérsias por meio da arbitragem revela não só a criação de direito privado para o caso *in concreto*, o laudo arbitral, como também possibilita que a criação desse direito se dê com base na aplicação de normas jurídicas privadas, como o caso da *Lex mercatoria*.

No Brasil, a lei que trata da matéria,⁴⁹³ além de permitir que o árbitro seja privado – tendo a confiança das partes –, também abre espaço para que sejam escolhidas, como regras que serão utilizadas na resolução do conflito, aquelas resultantes dos princípios gerais de direito, dos usos e costumes, das regras internacionais de comércio, podendo, ainda, o julgamento ser feito por equidade.⁴⁹⁴

A possibilidade de escolha de quais normas serão utilizadas como suporte para a arbitragem não se apresenta, em verdade, como uma grande novidade quando se sabe que, voltando-se à história do direito durante o período medieval, o exercício da atividade de julgar não era um privilégio do Estado, sendo a figura do juiz, então, muito próxima à do árbitro: atuando em uma cena pluralista, não estava obrigado a aplicar determinado direito e podia eleger aquele mais conveniente para a resolução do caso. Foi com o advento do Estado moderno que o juiz passou a ser a “boca da Lei”, impondo-se ao mesmo o exercício da atividade de subsumir os fatos à norma estatal através da construção de um silogismo. Com o advento do Estado moderno, passou o juiz a ter a obrigação de aplicar exclusivamente as normas estatais.⁴⁹⁵

Se o Estado moderno buscou a centralidade normativa como forma de afastar ordens jurídicas plurais, elegendo o direito estatal como único, em tempos de pós-modernidade o Estado tem abdicado desse monopólio. É o que se vê, claramente, por sua

eletrônico de trabalhos científicos da Universidade de Lisboa:

http://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/32091/1/ulfd133269_tese.pdf Acesso em: 9 jan. 2020 às 11:01 h., hora de Brasília.

⁴⁹³ Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

⁴⁹⁴ “No âmbito da arbitragem, porém, a Lei de Arbitragem trouxe uma regra sobre direito aplicável a princípio bastante diversa daquela constante do art. 9º em exame. Isso porque o parágrafo 1º do art. 2º da Lei 9.307/1996 dispõe que ‘poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação à ordem pública’. Como se vê, a princípio, desde que não haja violação à ordem pública e aos bons costumes, as partes estão livres para escolher o direito aplicável na arbitragem. Como se não bastasse tamanha liberdade, o parágrafo 2º do mesmo dispositivo ainda estabelece: ‘Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio’.” Francisco José Cahali, *Curso de Arbitragem. Mediação. Conciliação. Tribunal Multiportas*, 7. ed., Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2018, p. 474.

⁴⁹⁵ Cynara de Barros Costa, *Direito transnacional do comércio: uma teoria afirmativa da natureza jurídicas das normas do comércio transnacional*. O Autor, Recife, 2016, p. 100.

atuação fomentadora da utilização da arbitragem, quando boa parte das contendas advindas das relações comerciais, não só as relativas ao comércio internacional, como também as internas, passam a ser submetidas à decisão de árbitros privados, que, como se viu, podem se utilizar de normas privadas, notadamente as oriundas de organizações corporativas.

O Estado, ao induzir as partes a buscarem uma decisão arbitral para o conflito de interesses, passa a atuar como elemento de fomento na quebra do monopólio estatal de distribuição de justiça e de criação da norma jurídica em concreto. Nesse contexto, a sentença judicial divide espaço com o laudo arbitral na criação da norma jurídica que regerá o caso submetido ou aos juízes do Estado ou ao árbitro privado.

Se, de um lado, o exercício da *jurisdição* continua sendo vinculado à realização de tarefa outorgada aos juízes estatais de aplicação da lei ao caso em concreto, de outro, a função de *decidir* conflitos de interesses não cabe mais na reserva de mercado estatal, concorrendo o laudo arbitral com a sentença, tendo aquele, por vezes, vantagens sobre esta em razão da especialização dos árbitros.

O Estado, em sua configuração atual, quebrou as barreiras de entrada do setor privado no mercado concorrencial decisório, e, em decorrência, podem as partes optar por uma solução estatal ou privada para seus conflitos de interesses que sejam passíveis de submissão à arbitragem.

Waldmeir, ao analisar essa transferência de atribuições sob a ótica da justiça dos Estados Unidos da América, permite entender que já foi aceita a privatização da justiça, sendo o debate, agora, travado no campo de uma possível “reestatização”.

“Alguns reclamam que a privatização foi longe demais. O Congresso está debatendo a questão ‘será hora de trazer os juízes de volta?’. Na Suprema Corte as questões são mais cerebrais: Qual papel deve ter o governo na supervisão da resolução privada das disputas? Os rivais que concordam em arbitrar uma briga de forma privada têm o direito de chamar um juiz para verificar se o acordo é justo? *Ou isso anularia todo o propósito de se privatizar a Justiça?* Os juízes da Suprema Corte devem resistir à reestatização da Justiça americana. No melhor de todos os mundos, há processos judiciais; no mundo real, há arbitragem, mediação e *outras formas criativas de justiça privatizada*. Há muitas alternativas piores.”⁴⁹⁶ [Os *itálicos* são nossos.]

⁴⁹⁶ Patti Waldmeir. *Financial Time*, 20 de novembro de 2007, disponível em: <http://noticias.uol.com.br/midiaglobal/fintimes>. Apud Pedro Scuro Neto, “Pluralismo Jurídico e Ordem Normativa: Tradições e Pontos Nodais” in Antonio Carlos Wolkmer, Francisco Q. Veras Neto e Ivone M.

A Lei portuguesa que trata do tema se utiliza de sistemática próxima à adotada pela Lei brasileira, permitido a submissão dos conflitos das partes a árbitros privados quando as contendas forem passíveis de transação.⁴⁹⁷

Verifica-se nessa alteração da postura estatal mais uma manifestação da modificação que vem sendo operada não só no desenho do Estado, como também, e talvez principalmente, na sua forma de atuação, pois, cada vez mais, o Estado prefere somente gerenciar e deixar a operação de várias tarefas, inclusive as decisórias, aberta à iniciativa privada.

Note-se que boa parte da teoria do direito, notadamente a realista,⁴⁹⁸ sustenta que, ao julgar os casos que lhe competem, o juiz estatal cria a norma jurídica, portanto, o direito.⁴⁹⁹ Cintra Amaral,⁵⁰⁰ ao comentar a posição de Bobbio, afirma que tendo o positivismo jurídico sofrido fortes investidas da sociologia jurídica, acabou por admitir que, de fato, o juiz é criador do direito, razão pela qual se observa que, embora o juiz estatal esteja vinculado ao comando legal, não há como negar que, ao operar esses comandos na busca da solução da controvérsia que lhe foi submetida e entregar a prestação jurisdicional buscada pelas partes, de fato está criando o direito.

Ora, se o juiz estatal cria a norma jurídica, ao permitir o Estado que a função julgadora seja exercida pelo setor privado, portanto, por árbitros, igualmente está delegando ou tolerando que o árbitro não estatal produza a norma jurídica concreta que dirimirá o conflito, criando assim o direito.

O laudo arbitral, o termo resultante da mediação ou da conciliação extrajudicial, cria normas jurídicas efetivas e eficazes que serão aplicadas ao caso submetido à

Lixa (orgs.), *Pluralismo Jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade*, 2. ed, Saraiva, São Paulo, 2013, p. 177.

⁴⁹⁷ Vide Artigo 1º da Lei portuguesa n.º 63/2011, de 14 de dezembro.

⁴⁹⁸ “Vale notar que a teoria realista, [sustenta] que o Direito se resume à predição do que os juízes irão decidir, [...]” Antônio Carlos Cintra do Amaral, *O Positivismo Jurídico*, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2010, p. 56.

⁴⁹⁹ “A figura do juiz ‘criador do Direito’ encontra inspiração em doutrina moderna de que constituem exemplos as escolas: americana da *sociological jurisprudence* e do *legal realism*; alemãs do *Interessenjurisprudenz* do *Freirechtsschule* e francesa do *Méthode de la libre recherche scientifique* de François Geny, representativas de verdadeira reação ao formalismo científico e conceitual; de clara oposição à ideia de que o juiz, no exercício da função jurisdicional, deve se limitar a declarar o direito que incide, através de obra mecânica de interpretação das leis, feita com utilização de mera lógica dedutiva.” Áurea Pimentel Pereira, “A Obra de Criação do Direito pelo Juiz na Interpretação das Leis: Limites”, in *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*, v. 5, n. 18, 2002, p. 107.

⁵⁰⁰ “Sob o ataque da sociologia jurídica, o positivismo jurídico passou a admitir que o juiz *cria direito*. Escreve Bobbio (1965, p. 57): Tem-se observado que ainda prescindindo da discussão programática acerca de se está bem ou mal conceder maior liberdade ao juiz na busca do direito, *de fato* o juiz cria o direito, apesar da supremacia da lei e da obrigação de decidir conforme regras previamente postas.” Antônio Carlos Cintra do Amaral, *O Positivismo Jurídico*, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2010, p. 26/27.

resolução privada, de onde se extrai exemplo de pluralismo jurídico, aqui relativo à produção de normas privadas sem a participação do Estado.

Como o árbitro pertence à comunidade na qual os negócios são realizados, tem ele ciência das práticas e costumes geralmente aceitos, razão pela qual detém flexibilidade e maleabilidade para buscar a melhor solução, notadamente se considerado que o árbitro deverá dominar conhecimento específico sobre o tema em debate. Portanto, ao decidirem cada caso, os árbitros vão criando direito.⁵⁰¹ “Em suma: os árbitros produzem direito nos assuntos em que são chamados a decidir. [...] No plano transfronteiriço, os árbitros podem produzir direito tanto pelas partes que os elegeram, como também para o sistema no qual eles atuam.”⁵⁰²

Para se verificar o direito de produção privada em clara atuação, bem como sua preponderância em relação ao direito estatal em determinadas hipóteses, convém trazer a debate a decisão proferida pela Câmara de Arbitragem de Paris, *Yearbook Commercial Arbitration*, no caso 9246 de 1997.

Relata Rodrigo Mendes⁵⁰³ que um agente comercial austríaco pactuou com determinado comerciante egípcio um contrato de agência, passando o agente a representar o comerciante em quatro países diferentes. O comerciante egípcio acabou por celebrar um contrato com um dos países inseridos no espaço geográfico de atuação do agente austríaco, vindo a receber daquele Estado 7,5% do valor total do contrato.

Como o contrato foi posteriormente anulado, entendeu o comerciante egípcio que nada devia a seu agente austríaco, enquanto este sustentava o direito de receber o seu percentual de comissão sobre a parte do contrato recebida pelo comerciante egípcio, isto é, 5,5% calculados sobre 7,5% do contrato celebrado.

O tema foi levado à arbitragem e, como explica Mendes, duas teses se colocaram:

- (i) a primeira poderia ser resumida no fato de o direito estatal do país que celebrou o contrato com o comerciante egípcio expressamente vedar a atuação de agentes através de empresas estrangeiras, elegendo uma certa proteção à atuação das empresas nacionais no setor de agenciamento de comércio, e ter sido esse o motivo da anulação do contrato; assim, teriam os árbitros que verificar se esse

⁵⁰¹ Thomas Carbonneau. *Arbitral Law-Making*, Michigan Journal of International Law, v. 25, 2004, p.1.204, apud Rodrigo Octávio Broglia Mendes, *Arbitragem, Lex Mercatoria e Direito Estatal: uma análise dos conflitos ortogonais no Direito Transnacional*, Quartier Latin, São Paulo, 2010, p. 93.

⁵⁰² Thomas Carbonneau. *Arbitral Law-Making*, Michigan Journal of International Law, v. 25, 2004, p.1204, apud Rodrigo Octávio Broglia Mendes, *Arbitragem, Lex Mercatoria e Direito Estatal: uma análise dos conflitos ortogonais no Direito Transnacional*, Quartier Latin, São Paulo, 2010, p. 93.

⁵⁰³ Rodrigo Octávio Broglia Mendes, *Arbitragem, Lex Mercatoria e Direito Estatal: uma análise dos conflitos ortogonais no Direito Transnacional*, Quartier Latin, São Paulo, 2010, p. 36/40.

dispositivo legal, que aplicado internamente resultou na anulação do contrato, poderia também ser aplicado como norma de regência do contrato de agência celebrado, a ponto de impedir o agente austríaco de receber sua comissão sobre o valor que efetivamente foi creditado pelo Estado contratante ao comerciante egípcio [7,5% do valor do contrato];

- (ii) a segunda seria o julgamento do caso não com lastro no direito estatal do Estado contratante, mas sim conforme “um corpo de regras do comércio internacional que teria sido desenvolvido pelas práticas e afirmado pelas cortes nacionais (*Lex Mercatoria*)”.⁵⁰⁴

Ao se defrontar com o caso, o Tribunal Arbitral entendeu por bem afastar a aplicação da norma estatal como parâmetro para a decisão e, valendo-se da proibição do *venire contra factum proprium*, passou a avaliar a atitude do comerciante egípcio de valer-se de norma estatal do país contratante para negar seu compromisso de pagar a comissão do agente sobre o valor recebido, ainda que o contrato posteriormente tenha sido anulado.

Decidiu, assim, o Tribunal Arbitral por ser devida a comissão do agente austríaco, mesmo que a norma no Estado contratante impedisse a atuação de empresa estrangeira como agente.

Pontua o autor que “essa decisão ajuda-nos a reconhecer, primeiro, a realidade da *Lex mercatoria*. Apesar de todas as críticas passíveis de serem formuladas, e da eventual tendência a minimizar o recurso à *Lex mercatoria*, ele é um fato da vida, com o qual temos que lidar. E foi a partir do seu contexto que o Tribunal Arbitral decidiu o caso, afastando a regra imperativa do Estado X”.⁵⁰⁵

O princípio da *Kompetenz-Kompetenz*, segundo o qual o juiz arbitral detém autonomia para fixar sua própria competência, pode ser restringido pelos Tribunais Estatais, por ocasião de ser necessária a utilização da máquina estatal de determinado país para promover a execução forçada da decisão arbitral. Nesse caso, pode-se entender que o laudo foi proferido contra princípios de ordem pública do país da execução, que, em tese, a depender de sua legislação, poderá negar execução à decisão arbitral.

Aponta o mesmo autor precedente relevante em que a Suprema Corte dos Estados Unidos da América, portanto a última instância do Judiciário estatal norte-americano, preserva a competência do tribunal arbitral eleito em contrato pelas partes, inclusive

⁵⁰⁴ Rodrigo Octávio Broglia Mendes, *Arbitragem, Lex Mercatoria e Direito Estatal: uma análise dos conflitos ortogonais no Direito Transnacional*, Quartier Latin, São Paulo, 2010, p. 37.

⁵⁰⁵ Ibidem, p. 39.

reconhecendo caber a este utilizar normas estatais fundamentais para o Estado norte-americano, na hipótese, a legislação antitruste.

Trata-se do caso 473 U.S. 614 *Mitsubishi Motors Corp. vs. Soler Chrysler-Plymouth Inc.*, em que o tema posto a debate envolvia a “aplicação da legislação antitruste norte-americana (*Sherman Act*), se os árbitros possuiriam competência para decidir a disputa”.⁵⁰⁶

Segundo Mendes, nesse caso, a Suprema Corte norte-americana reconheceu a competência do tribunal arbitral, já que ele fora eleito pelas partes em disputa como o *locus* de solução das controvérsias; porém, também em respeito à vontade das partes e em proteção ao sistema antitruste, deveria o laudo levar em consideração as disposições estatais norte-americanas.

Citando a opinião do Juiz Blackmun, afirma “que um tribunal arbitral não deve obediência às regras jurídicas de um Estado em particular, ele está vinculado à vontade das partes, de tal forma que se as partes decidiram que é um tribunal arbitral que decidirá uma série de disputas, incluindo aquelas decorrentes da aplicação da legislação antitruste norte-americana, então o tribunal arbitral é obrigado a decidir a disputa em conformidade com a legislação estatal que dá fundamento ao pedido das partes. Em outras palavras, o tribunal arbitral não poderia ignorar a legislação antitruste”.⁵⁰⁷

O interessante nesses dois precedentes reside no fato de que, no primeiro, uma norma estatal é afastada pelo tribunal arbitral, que julga a disputa entre o agente austríaco e o comerciante egípcio com base na *Lex mercatoria*, reconhecendo assim, ainda que de forma implícita, a inclusão dessa ordem normativa no espaço de operação jurídica. Em relação ao segundo, inverte-se o pressuposto: a competência do tribunal arbitral é preservada, porém este deve aplicar o direito estatal, pois assim haviam pactuado as partes.

Se no primeiro caso fica clara a existência de uma normatividade jurídica privada a disputar espaço no cenário transnacional com o direito estatal, e mesmo se sobrepondo a este, no segundo, a competência do tribunal arbitral – não estatal, portanto –, como fonte para a criação da norma é reafirmada e respeitada a tal ponto que caberá a ele aplicar os dispositivos da lei antitruste norte-americana.

São dois exemplos que parecem importantes e confirmadores não só da existência de normas jurídicas de produção não estatal, como também da possibilidade de tribunais

⁵⁰⁶ Rodrigo Octávio Broglia Mendes, *Arbitragem, Lex Mercatoria e Direito Estatal: uma análise dos conflitos ortogonais no Direito Transnacional*, Quartier Latin, São Paulo, 2010, p. 40

⁵⁰⁷ Ibidem, p. 37.

arbitrais não estatais criarem normas jurídicas em concreto, que regerão a solução da controvérsia, ora se utilizando de normas jurídicas de produção privada, ora de normas jurídicas fundamentais ao sistema econômico de determinado país – no caso, os Estados Unidos da América.

Parece, assim, haver uma coexistência e interpenetração dos subsistemas jurídicos, estatais e privados, sendo pressuposto de convivência de ambos o reconhecimento de sua existência e o estabelecimento de critérios de harmonização e solução dos conflitos de competência que possam surgir.

A arbitragem já comportou uma abordagem *jurisdicionalista*,⁵⁰⁸ que buscava compreendê-la como mais uma atividade exercida conforme as leis de determinado território, estando, dessa forma, submetida às regras estatais do território onde fosse realizada, derivando os poderes dos árbitros de disposição legal estatal. Contrapondo-se a essa compreensão, aqueles que viam a arbitragem pelo ângulo contratualista⁵⁰⁹ a localizavam como inserida no espaço da liberdade contratual, não derivando de uma permissão estatal.

Com o intuito de conformar visões em aparente confronto, desenvolveram-se as teorias mistas ou híbridas da arbitragem.⁵¹⁰

Na quadra atual, ela passa a ser vista não sob a perspectiva *jurisdicionalista*, nem pela ótica *contratualista*, mas, sim, através da sua percepção como “[...] um regime autônomo, constituído primordialmente por regras não estatais e práticas arbitrais geralmente aceitas”.⁵¹¹ “Em outras palavras, quando a dogmática começa a defender a tese da arbitragem ‘autônoma’, essa afirmação é tanto uma ‘descrição’ de uma ‘realidade’ quanto um elemento ‘constitutivo’ dessa realidade, à medida que essa ordem jurídica transnacional começa a se perceber e diferenciar como autônoma porque é tematizada enquanto tal.”⁵¹²

⁵⁰⁸ Rodrigo Octávio Broglia Mendes, *Arbitragem, Lex Mercatoria e Direito Estatal: uma análise dos conflitos ortogonais no Direito Transnacional*, QuartierLatin, São Paulo, 2010, p. 109.

⁵⁰⁹ Idem, *ibidem*.

⁵¹⁰ Idem, *ibidem*, p. 120.

⁵¹¹ Idem, *ibidem*, p. 122.

⁵¹² Idem, *ibidem*, p. 132.

CAPÍTULO V CONCLUSÃO

A forma como o avanço de novas tecnologias tem interferido nas relações sociais, econômicas e comerciais está sendo estudada em vários ramos do conhecimento. Na elaboração deste trabalho, percebeu-se a interferência de um novo cenário econômico e tecnológico também na produção normativa, problema que se coloca em um tempo em que as relações sociais vêm absorvendo influências de um novo tipo de organização social, que não mantém por muito tempo a sua configuração, motivo pelo qual passou a ser conceituado, este tempo, como uma fase “líquida”⁵¹³ da modernidade.

Assim, o direito tradicional, fundado em normas estatais rígidas e perenes, que buscam a manutenção *do que está posto*, enfrenta dificuldades para reger comportamentos que estão não só em constante como, principalmente, em *veloz* mutação, percebidos agora em um cenário global no qual dogmas jurídicos, como o de *soberania nacional*, são, por vezes, relativizados, não somente em relação à formação de blocos de atuação, como, também, por força do surgimento de um espaço cibernético sem fronteiras no qual é possível a interação de pessoas, empresas, governos e organizações não governamentais das mais diversas partes do mundo.

A inviabilidade de se analisarem todas as novas possibilidades que se verificam de regulação de determinadas atividades e de solução de conflitos de interesse fez com que o trabalho agora apresentado tivesse reduzido seu campo de pesquisa e que se colocasse, como foco, explorar parte da produção normativa destinada a regular certas

⁵¹³ “Pelo menos na parte ‘desenvolvida’ do planeta, têm acontecido, ou pelo menos estão ocorrendo atualmente, algumas mudanças de curso seminais e intimamente interconectadas, as quais criam um ambiente novo e de fato sem precedentes para as atividades da vida individual, levando uma série de desafios inéditos.

Em primeiro lugar, a passagem da fase ‘sólida’ da modernidade para a ‘líquida’ – ou seja, para uma condição em que as organizações sociais (estruturas que limitam as escolhas individuais, instituições que asseguram a repetição de rotinas, padrões de comportamento aceitável) não podem mais manter sua forma por muito tempo (nem se espera que o façam), pois se decompõem e se dissolvem mais rápido que o tempo que leva para moldá-las e, uma vez reorganizadas, para que se estabeleçam. É pouco provável que essas formas, quer já presentes ou apenas vislumbradas, tenham tempo suficiente para se estabelecer, e elas não podem servir como arcabouços de referência para as ações humanas, assim como para as estratégias existenciais a longo prazo, em razão de sua expectativa de vida curta: com efeito, uma expectativa mais curta que o tempo que leva para desenvolver uma estratégia coesa e consistente, e ainda mais curta que o necessário para a realização de um ‘projeto de vida’ individual.

Em segundo lugar, a separação e o iminente divórcio entre o poder e a política, a dupla da qual se esperava, desde o surgimento do Estado moderno e até muito recentemente, que compartilhasse as fundações do Estado-nação ‘até que a morte os separasse’. Grande parte do poder de agir efetivamente, antes disponível ao Estado moderno, agora se afasta na direção de um espaço global (e, em muitos casos, extraterritorial) politicamente descontrolado, enquanto a política – a capacidade de decidir a direção e o objetivo de uma ação – é incapaz de operar efetivamente na dimensão planetária, já que permanece local.” Zygmunt Bauman, *Tempos líquidos*, trad. Carlos Alberto Medeiros, Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 2007, p. 7.

atividades econômicas e a reger algumas práticas comerciais, correlacionando alterações na forma da produção normativa com o avanço tecnológico, a globalização e a adoção de um modelo de Estado *regulador*.

A investigação partiu do questionamento sobre alguns limites relativos à pesquisa jurídica e ao campo próprio do direito, bem como sobre a qualificação de determinadas normas como sendo ou não jurídicas, com base na premissa de sua fonte de produção ser ou não o Estado.

Buscou-se, em um primeiro momento, verificar se a dicotomia norma jurídica *versus* norma não jurídica, posta a partir da sua fonte produtora, pela qual se considera que somente haveria norma jurídica quando sua produção derivasse de atividade estatal, poderia ser superada ou, ao menos, relativizada.

À medida que a pesquisa demonstrou ser possível aceitar como jurídicas normas não estatais, observou-se que também a produção normativa estatal, regedora de determinadas atividades econômicas, sofrera alterações relevantes no fim do século XX e início do XXI. Estes dois pontos: (i) a produção normativa não estatal e (ii) a alteração na produção normativa estatal regedora de determinados setores da economia passaram a ser o centro desta dissertação. A partir deles, duas vertentes foram seguidas.

Primeira: a alteração de parte da produção normativa estatal relativa à regulação econômica, que não pode ser enquadrada no clássico esquema de produção legislativa, em que projetos de leis nascem no Legislativo e tramitam pelo Executivo durante o processo de formação da norma, ou, ao contrário, surgem da iniciativa do chefe do Executivo e são submetidos a debate e votação no Parlamento.

Segunda: a existência de produções normativas não estatais que pudessem suportar o adjetivo *jurídico*, bem como ser estudadas no campo próprio da pesquisa jurídica.

Ao se seguir essas duas vertentes da produção normativa e decisória, econômica e comercial, que contêm vários pontos de intercessão, percebeu-se uma alteração na forma clássica da produção normativa estatal relativa ao tema econômico, principalmente após a adoção de um modelo de Estado focado na regulação e não na operação das atividades econômicas, com o consequente direcionamento desta última à iniciativa privada.

Para verificar a correção dos pressupostos de validade da pesquisa, especialmente quanto à *afirmação* da existência de normas jurídicas de produção *não estatal*, foi a tese organizada em uma parte teórica que permitiu o estudo de alguns aspectos do direito e do

monopólio estatal normativo, passando por abordagens como as do positivismo e do monismo jurídicos, que foram, posteriormente, relativizadas com a demonstração de que há coexistências normativas e não detém o Estado o monopólio de produção da norma jurídica.

Ao se concluir a parte teórica, verificou-se a possibilidade de se relativizar o conceito que entende o direito como sendo uma produção *exclusiva* do Estado, pois se identificou que há, também, produções normativas híbridas e, mesmo, puramente privadas.⁵¹⁴

Assim, ao final daquela parte teórica, foi formulada, como uma das conclusões da investigação, agora reafirmada, “*que o direito não se limita, quanto à sua produção, àquele resultante da atividade parlamentar de determinado Estado, não se limitando, igualmente, às normas provenientes do Poder Executivo e decisões do Poder Judiciário. Sem dúvida, a produção normativa ainda se concentra nos Estados, porém não se limita a estes. As balizas do direito podem ser fixadas para além dos limites estatais, havendo direito cuja produção não é feita pelo Estado*”.⁵¹⁵

Portanto, é “*possível sustentar a existência de direito ou de normas jurídicas de produção não estatal*”.⁵¹⁶

Na segunda parte desta tese, foi possível verificar o processo de privatização de ativos antes pertencentes ao Estado brasileiro, com a inclusão, no cenário organizacional estatal, das *agências reguladoras*, que passaram a produzir normas jurídicas (com a participação do setor regulado) e a julgar conflitos de interesses.

A criação das *agências reguladoras*, bem como a absorção, por estas, de algumas tarefas próprias dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário deram nova feição à produção normativa relativa à regulação econômica. Como ressalta Maria Eduarda Azevedo, ao se referir às agências: “[...] num cenário marcado por uma forte unanimidade em matéria de competências, é possível registrar, em princípio, a atribuição cumulativa de três tipos de poderes públicos, que incluem manifestações de um poder *quase-normativo*, formas de um poder *quase-executivo* e, ainda, exemplos do que, com propriedade, se há-de considerar como um poder *quase-jurisdicional*”.⁵¹⁷

⁵¹⁴ “O pluralismo normativo é, assim, um facto, antes mesmo de ser ou um ideal ou um perigo. Ele já existe e já é reconhecido como o atual modelo de manifestação de direito. Isto obriga a repensar tradicionais formas de identificar (ou circunscrever, diferenciar) o direito.” António Manuel Hespanha, *Pluralismo jurídico e direito democrático : prospectivas do direito no século XXI*, Lisboa : Edição do autor, 2016, p.57.

⁵¹⁵ Ver p. 100/102 deste trabalho.

⁵¹⁶ Ver p. 100/102 deste trabalho.

⁵¹⁷ Maria Eduarda Azevedo, *Direito da Regulação da Economia: a moderna regulação da economia, as entidades reguladoras independentes, a “europeização” da regulação*, Quid Juris, Lisboa, 2017, p. 106.

Embora caiba aos Paramentos a elaboração das leis gerais que pautam a atuação das *agências*,⁵¹⁸ estas passaram a exercer a regulação econômica de cada setor regulado, verificando-se, aqui, “[...] *a formação de uma normatização híbrida, de produção estatal não parlamentar, derivada da atuação das agências reguladoras com participação do setor regulado*”.⁵¹⁹

Nesse sentido, o direito regulador das atividades econômicas, em grande parte, não se apresenta unicamente como uma produção legislativa oriunda diretamente dos Paramentos; contém, assim, *déficits democráticos*.

Verificou, ainda, esta dissertação, hipóteses de *autorregulação*, em que as normas produzidas derivam de fontes privadas.

Também na segunda parte da tese, além da formação de um direito regulador de atividades econômicas derivado das *agências*, deparou a pesquisa com espaços jurídicos concorrenciais, nos quais as normas do Estado concorrem com as de produção privada, seja na forma declaratória ou constitutiva de modelos de conduta, seja, ainda, na partilha decisória dos conflitos de interesses, onde avança a busca de soluções privadas com a utilização da arbitragem.⁵²⁰

No contexto em que foram investigados estes dois aspectos da formação da norma jurídica – *existência de uma normatização híbrida derivada das agências e ocorrência de produção de normas e decisões jurídicas não estatais* – considerou-se a diminuição tanto do aparato, quanto do protagonismo estatal, dentro de um modelo econômico que privilegia o pensamento liberal, a livre iniciativa e o empreendedorismo, mesmo que admita a necessidade de algumas concessões na forma de acesso a prestações sociais básicas.

⁵¹⁸ Em Portugal, há a Lei-Quadro das Entidades Reguladoras, Lei 67/2013. No Brasil, foi editada a recente Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019, que “dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras”.

⁵¹⁹ Ver p. 100/102 deste trabalho.

⁵²⁰ A utilização de novas tecnologias conjugadas com a eliminação de burocracias e retirada do Poder Judiciário da solução dos conflitos, direcionados à arbitragem privada, tem possibilitado a criação de sistemas próprios em que a atividade empresarial consegue ultrapassar as dificuldades próprias das formalidades estatais, agregando valor e dinamismo ao negócio. No Brasil, uma *startup* criada em 2015 e focada no negócio de locação de imóveis, que opera através de uma plataforma na internet, conseguiu superar velhos dogmas que ainda imperam no setor e dificultam a conclusão rápida das transações, como a exigência de fiadores, de contratos físicos e o risco de longas demandas judiciais. Toda a operação de busca, oferecimento e aceitação de proposta, bem como o fechamento do contrato, é feita via internet, e as divergências e conflitos de interesses que possam surgir são resolvidos por meio de arbitragem privada, afastando os riscos relativos ao tempo e à imprevisibilidade das decisões judiciais. O sistema opera longe da clássica burocracia do setor e atualmente, a cada dois minutos, uma visita física é agendada a imóveis que estão na plataforma, sendo o tempo médio de fechamento do contrato de três dias. Publicação especializada estima que o *valuation* da *startup* denominada Quinto Andar seja da ordem de 1,1 bilhão de reais. Fonte: <https://exame.abril.com.br/pme/endinheirado-quinto-andar-ataca-mercado-espinhoso-de-r-200-bi/> Acesso em: 10 jan. 2020 às 07:46 h., hora de Brasília.

Neste cenário, é possível concluir que o afastamento do Estado da operação das atividades econômicas, que passaram a ser desenvolvidas de forma preponderante pelo setor privado, alterou o quadro regulatório econômico. A regulação passou a ser feita por meio das *agências reguladoras*, surgindo, assim, um direito regulador que, em boa parte, embora continue sendo estatal, não mais demanda *sempre* uma atuação direta dos clássicos poderes da República – Executivo, Legislativo e Judiciário. Neste ponto, a produção normativa regulatória passa a ser feita pelas agências, dentro das macrobalizas legais.

Desde que atuem sem conflitar com a legislação pertinente, as agências gozam de razoável a ampla discricionariedade para optar pelas melhores soluções cabíveis aos mercados regulados, o que é feito com relativa autonomia em relação aos três Poderes, pois seus dirigentes não podem ser exonerados sem motivação, devem ter respeitados os prazos de seus mandados, e já se construiu a tese da relativa deferência do Poder Judiciário às decisões das agências. Há, portanto, uma alteração no modo de produzir as normas reguladoras da economia a partir das privatizações e da criação das *agências reguladoras*.

Ponto relevante dessa alteração é o fato de que as *agências*, em razão da forma como estão estruturadas, têm a capacidade de atuar com maior agilidade na regulação dos mercados.

A percepção de que existe uma organização *setorial* do direito que pode ser transversal aos espaços nacionais indicou uma tendência à expansão desse modelo normativo que não demanda, necessariamente, uma centralidade, como ocorre com o direito dos códigos. Certas regulações e determinados temas interessam ao mundo como um todo e não apenas a partes geográficas determinadas, daí porque não podem ser limitados a este ou aquele Estado soberano.

Ao se avançar na demonstração da existência de produções normativas e decisórias *privadas*, abordam-se na tese os temas da *soft law*, do pluralismo jurídico mercantil – com a *Lex Mercatoria* – e da criação de normas privadas tangenciais aos Parlamentos, mas que contêm alto grau de obrigatoriedade e de eficácia. Além desses temas, o texto trata do pluralismo jurídico decisório, que traz a formação de um direito em concreto destinado a solver litígios sem a submissão dos casos aos tribunais estatais.

Com a constatação do surgimento de sistemas autopoiéticos, bem como da autorregulação privada e, ainda, da formação de normas privadas que pautam condutas e são utilizadas como fonte de resolução de controvérsias, seja pelo juiz estatal, seja pelo árbitro privado, restou confirmada a premissa ou pergunta inicial motivadora da pesquisa,

relativa à existência de normas de produção não estatal que possam ser qualificadas como jurídicas.

As afirmações feitas acima não infirmam o fato de continuar o Estado a ser o *locus* de onde provém a maior parte da produção jurídica normativa; entretanto, ele não mais atua em regime de monopólio.

A sustentação de que existem direitos naturais, que podem ser racionais; a constatação da presença, na Idade Média, de sistemas normativos diversos do Estado; o reconhecimento dos costumes como fonte de direito, bem como a percepção e a confirmação do surgimento, na atual quadra, de normas provenientes de fontes não estatais – sejam as agrupadas sob a denominação de *nova lex mercatoria*, sejam aquelas provenientes de manifestações que ocorrem na sociedade civil e na dinâmica comercial – e, ainda, a formação de normas em concreto resultantes das atividades dos árbitros privados, todos esses fatores confirmam a existência de pluralismos jurídicos, que devem ser estudados e apreendidos pelo direito, até mesmo como forma de compatibilizá-los com as normas estatais.

Se dois questionamentos motivaram esta pesquisa, sendo o *primeiro* relativo à alteração da forma de produção das normas que regulam a atividade econômica e o *segundo* relativo à existência ou não de normas *jurídicas* de produção não estatal, a contribuição que este estudo pode dar à busca por responder às indagações feitas pode ser assim resumida:

- a) A produção normativa reguladora das atividades econômicas foi alterada a partir da adoção do modelo de gestão de determinados setores por meio de *agências reguladoras*, em que estas passaram a atuar em vários espaços da economia, regulando as atividades privadas. Ao Estado, neste modelo, foi reservado o papel de *regulador* e não de operador das atividades econômicas.
- b) A regulação setorial pode conter normas estatais e não estatais, bem como transcender espaços nacionais, especialmente quando sua atuação se der sobre atividades desenvolvidas em cenários regionais e/ou globais.
- c) É razoável afirmar que o direito estatal não cobre *todas* as relações jurídicas estabelecidas pelos seres humanos.
- d) Parece que o campo de estudo do direito não deve se limitar ao *direito positivo estatal posto*, este, transitório e em constante alteração, mas fixar suas balizas em espaços mais alargados, admitindo a produção normativa privada como uma das vertentes de criação do direito, buscando formas de adequá-la, quando possível, ao direito estatal.
- e) Não basta, para responder à indagação sobre se determinada norma é ou não jurídica, o fato de ter sido a mesma produzida ou não pelo Estado. Essa divisão

entre normas que são jurídicas porque derivadas da produção estatal e normas que não são jurídicas porque não provenientes do Estado não é capaz de dar resposta às normatizações isoladas e a conjuntos normativos que vêm surgindo e regendo várias atividades e comportamentos, dotados de eficácia, continuidade e alto grau de convicção de obrigatoriedade.

- f) É possível sustentar que o Estado, na quadra atual, embora mantenha-se como o mais importante, não é o único polo produtor de normas jurídicas, já que há instituições híbridas e privadas que produzem normas que podem ser consideradas jurídicas, notadamente quanto à sua eficácia e adequação à formação de modelos de comportamentos, especialmente nas searas econômica e comercial, em que são, por vezes, mais eficazes do que determinadas normas jurídicas estatais.
- g) Além da existência de normas jurídicas não estatais, o Estado vem, progressivamente, abrindo o mercado decisório ao setor privado, quando ganham força as soluções privadas de litígios, notadamente as que se dão mediante a arbitragem.
- h) O estímulo à utilização de soluções privadas de composição de litígios, aliado aos avanços tecnológicos, permite a criação de sistemas que podem operar na fixação das próprias balizas normativas, bem como na busca de soluções internas para seus conflitos, sem a necessidade de utilização, para resolver suas demandas, do aparelho estatal, notadamente, do Poder Judiciário, cuja atuação passa a se dar então, *nesses casos*, apenas de forma subsidiária.

Ao final desta dissertação, parece importante reconhecer que as sociedades humanas estão em constante movimento, o que faz com que o direito também se altere; de um lado, conformando os comportamentos às suas normas e, de outro, sendo pautado por novas práticas, valores e aspirações. Esse constante movimento, entretanto, não é novidade. O novo pode ser percebido na *velocidade* com que as alterações comportamentais vêm se dando, muito em razão da utilização maciça das novas tecnologias, notadamente aquelas ligadas à comunicação e informação.

Inovações disruptivas em várias áreas do saber têm incentivado a sociedade a “passar além do Bojador”,⁵²¹ o que implica riscos, como já alertava Pessoa. O direito tem sido chamado a acompanhar essas transformações e a minimizar seus riscos, buscando a

⁵²¹ Referência ao poema “Mar Português”, de Fernando Pessoa:

“[...] Quem quer passar além do Bojador / Tem que passar além da dor. / Deus ao mar o perigo e o abismo deu, / Mas nele é que espelhou o céu.”

Fernando Pessoa, *Mensagem*, Ed. Ciranda Cultural, 2019, Jandira/SP, p. 52.

um só tempo manter seus necessários rituais de segurança, especialmente em relação a sua face estatal, porém abrindo espaço para o surgimento de novos instrumentos normativos, como se tentou demonstrar nesta dissertação.

A pesquisa aqui apresentada poderá ter continuidade em outros trabalhos, que possam aprofundar as temáticas desenvolvidas e contribuir para a compreensão das alterações que vêm transformando a produção normativa na área econômica e comercial, principalmente a partir do final do sec. XX e neste início do sec. XXI.

Luis Paulo Ferreira dos Santos
Janeiro de 2020

Bibliografia:

AGUILLAR, Fernando Herren. *Direito Econômico: Do Direito Nacional ao Direito Supranacional*, 5 ed., São Paulo, Atlas, 2016.

ALBUQUERQUE, José Arnaldo Frota de. “A intervenção do Estado no domínio econômico: evolução constitucional brasileira (1937-67)”, *Revista de Ciência Política* 2, vol. 33, 1990.

ALVES, Silvia. *Lições Preliminares de Sociologia do Direito*, Lisboa, AAFDL Editora, 2018.

AMARAL, Ana Paula Martins. *Lex Mercatoria e Autonomia da Vontade*, jus.com.br, fev. 2005, disponível em: <https://jus.com.br/artigos/6262/lex-mercatoria-e-autonomia-da-vontade> Acesso em: 13 jan. 2020 às 18:36 h., hora de Brasília.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *O Positivismo Jurídico*, Belo Horizonte, Editora Fórum, 2010.

AMARAL, Luciano. “Política e economia: o Estado Novo, os latifundiários alentejanos e os antecedentes da EPAC”, *Análise Social*, vol. XXXI, n. 136-137, 1996 (2º-3º).

APARECIDA Ribeiro, Neide e Caliman, Geraldo. “The Right as Science: Limits and Possibilities”, *RVMD*, Brasília, vol. 10, n. 2, p. 314-329, jul.-dez. 2016.

AQUINO, Santo Tomás. *Suma Teologia*, tradução Alexandre Correia, p. 2.097, e-book disponível em: <https://sumateologica.files.wordpress.com/2017/04/suma-teolc3b3gica.pdf> Acesso em: 13 jan. 2020 às 18:38 h., hora de Brasília.

ARAÚJO, Fernando. *Introdução à Economia*, 2 ed., vol. II, Almedina.

ARAÚJO, Fernando. *A hora dos direitos dos animais*, UL e Almedina, 2003.

ARAÚJO, Fernando. “A união económica e monetária depois do Tratado de Lisboa (ou, a timidez monetarista em tempos de pandemia financeira)”, in *Tratado de Lisboa, Jornadas organizadas pelo Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, coord. Fausto de Quadros, Almedina, 2012.

ARAÚJO, Fernando. *Introdução à Economia*, 3 ed., 5 reimp., Almedina.

ARAÚJO, Fernando. “Introdução: Encontro de Economia Comportamental”, *RJLB*, ano 3, n. 6, pp. 249-251, 2017.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito: Introdução e Teoria Geral, uma perspectiva Luso-Brasileira*, 13 ed., 2005, Coimbra; 11 ed., 1997, Almedina.

AZEVEDO, Maria Eduarda. *Direito da Regulação da Economia. A moderna Regulação da Economia. As Entidades Reguladoras Independentes. A “Europeização” da Regulação*, Lisboa, Quid Juris, 2017.

AUSTIN, J. L. *How to do things with words*, Oxford at the Clarendon Press, 1962.

BAPTISTA, Patrícia Ferreira. “Direitos Humanos e Positivismo Jurídico: A Visão do Normativismo e da Teoria Analítica”, in BARROSO, Luís Roberto (org.), *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, vol. V, *Direito Constitucional*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2000.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. “Aspectos da Teoria de Kelsen”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/823/768> Acesso em: 13 jan. 2020 às 18:57 h., hora de Brasília

BAUMAN, Zygmunt. *Tempos líquidos*, tradução Carlos Alberto Medeiros, Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 2007.

BENSOUSSAN, Fabio Guimarães e BOITEUX, Fernando Netto. *Manual de Direito Empresarial*, JusPodivm, 2018.

BARBUY, Victor Emanuel Vilela. “Aspects of Law in the Work of Saint Thomas Aquinas”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, vol. 106/107, pp. 631-651, jan.-dez. 2011/2012.

BINENBOJM, Gustavo. “Agências Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil”, *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, vol. 240, pp. 147-165, abr./jun. 2005.

BINENBOJM, Gustavo. *Poder de Polícia, Ordenação, Regulação: Transformações Político-Jurídicas, Econômicas e Institucionais do Direito Administrativo Ordenador*, Belo Horizonte, Fórum, 2016.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*, tradução Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues, São Paulo, Ícone, 1995.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*, tradução Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti, 2 ed., EdiPro, 2003.

BOBBIO, Norberto Bobbio. *El problema del positivismo jurídico*, México, Fontamara, 2007.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10 ed., 9 tiragem, São Paulo, Malheiros Editores, 1994.

CAETANO, Marcelo. *A depreciação da Moeda depois da Guerra*, Coimbra, Coimbra Editora, 1931.

CARBONNIER, Jean. *Sociologia Jurídica*, tradução Luis Díez-Picazo, Madrid, Tecnos, 1972.

CARVALHO, C. A.; VIEIRA, M. F. V.; GOULART, S. “A Trajetória Conservadora da Teoria Institucional”, *Gestão.Org*, vol. 10, n. especial, p. 469-496, dez. 2012.

CARVALHO, Lucas Borges de. “Caminhos (e descaminhos) do Pluralismo Jurídico no Brasil”, in WOLKMER, Antonio Carlos; VERAS NETO, Francisco Q. e LIXA, Ivone M. (orgs.), *Pluralismo Jurídico os novos caminhos da contemporaneidade*, 2 ed., São Paulo, Saraiva, 2013.

CESAR FABRIZ, Daury e FERNANDES FERREIRA, Claudio. “Teoria Geral dos Elementos Constitutivos do Estado”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, vol. 39, pp. 107-141, jan.-jun. 2001.

CASTALLO, José Domingo Gómez. “La Autorregulación de la Publicidad en España”, *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n. 68, pp. 79-98, editada pela Associação Portuguesa de Direito do Consumo, 2011.

CATARINO, Luis Guilherme. “Direito Administrativo dos Mercados de Valores Mobiliários”, in OTERO, Paulo e GONÇALVES, Pedro (coords.), *Tratado de Direito Administrativo Especial*, vol. III, Almedina, 2010.

CLARO, Roberto Carlos. “Estado regulador e atividade empresarial na sociedade pós-moderna”, *Revista do Ministério Público do Rio de Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 64, pp. 137-162, 2009.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial: direito de empresa*, vol. 1, 16 ed., Saraiva, 2012.

COELHO, Luiz Fernando. Prefácio à obra de Jonatas Luiz Moreira de Paula, *O Costume no Direito*, Campinas/SP, Bookseller, 1997.

COMTE, Auguste. *Curso de Filosofia Positiva*, tradução de José Arthur Giannotti, Abril Cultural, 1978. (Os pensadores).

CORDEIRO, Antônio Menezes. “Regulação económica e supervisão bancária”, *Revista O Direito*, ano 138, 2006, II, Almedina.

COSTA, Cynara de Barros Costa. *Direito transnacional do comércio: uma teoria afirmativa da natureza jurídica das normas do comércio transnacional*, Recife, O Autor, 2016.

CRESPO, Antônio Pedro Albernaz e GUROVITZ, Elaine. “Administração Pública: a pobreza como um fenômeno multidimensional”, *RAE – eletrônica*, vol. 1, n. 1, jul.-dez. 2002.

DALANEZE, Sérgio. “Contribuição do Pluralismo no Debate das Ideias Jurídicas”, in WOLKMER, Antonio Carlos; VERAS NETO, Francisco Q. e LIXA, Ivone M. (orgs.),

Pluralismo Jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade, 2 ed., São Paulo, Saraiva, 2013.

DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no Direito*, 6 ed., São Paulo, Saraiva, 2000.

DINIZ, Maria Helena. *Manual de Direito Civil*, 2 ed., São Paulo, Saraiva, 2018.

DOWBOR, Ladislau. *A era do capital improdutivo: A nova arquitetura do poder, sob dominação financeira, sequestro da democracia e destruição do planeta*, 2. ed., Ed. Outras Palavras e Autonomia Literária, 2018.

DUARTE, Rui Pinto Duarte. “Pluralismo jurídico e democracia”, in SILVA, Cristina Nogueira da, XAVIER, Ângela Barreto e CARDIM, Pedro (orgs.), *António Manuel Hespanha: entre a história e o direito*, Coimbra, Almedina, 2015.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*, tradução Nelson Boeira, São Paulo, Martins Fontes, 2011.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, tradução Jefferson Luiz Camargo, São Paulo, Martins Fontes, 1999.

EFIGÊNIA, Ana Sílvia Falcão Mestre. “O princípio ‘*comply or explain*’ e a ‘*soft law*’”, *Revista Electrónica de Direito*, n. 1, fevereiro de 2015.

EHRlich, Eugen. *Fundamentos da Sociologia do Direito*, tradução René Ernani Gertz, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1986.

EL-ERIAN, Mohamed A. *A Única Solução: Bancos Centrais, instabilidade, e como evitar o próximo colapso*, tradução Mónica Silves, D. Quixote, 2016.

ERLING, Marlos Lopes Godinho. *Regulação do Sistema Financeiro Nacional: Desafios e propostas de aprimoramento institucional*, Almedina, 2015.

FERRAZ Junior, Tercio Sampaio. Prefácio à obra de Rodrigo Octávio Broglia Mendes, *Arbitragem, Lex Mercatoria e Direito Estatal: uma análise dos conflitos ortogonais no Direito Transnacional*, São Paulo, Quartier Latin, 2010, p. 19/20.

FONSECA, Roberto Giannetti da. *Memórias de um Trader: a história vivida do comércio exterior brasileiro nos anos 70 e 80*, São Paulo, IOB, 2002.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. “Princípio da legalidade administrativa e competência regulatória no regime jurídico-administrativo brasileiro”, *Revista de Informação Legislativa*, Senado Federal do Brasil, ano 51, n. 202, pp. 7-29, abr.-jun. 2014.

FREIRE, Paula Vaz. “Análise económica dos programas de clemência no direito da concorrência”, *RJLB*, ano 1, n. 1, pp. 191-203, 2015.

FREIRE, Paula Vaz. “A obrigação de facultar o acesso a recursos produtivos essenciais no direito da concorrência”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. XLIX, n. 1 e 2, pp. 117-139, Ed. Coimbra, 2008.

FREIRE, Paula Vaz. *Mercado Interno e União Económica e Monetária: Lições de Direito Económico da União Europeia*, Lisboa, AAFDL Editora, 2013.

FREIRE, Paula Vaz. “O Direito Comunitário do Patrimônio Cultural”, in GOMES, Carla Amado e RAMOS, José Luís Bonifácio (orgs.), *Direito da Cultura e do Patrimônio Cultural*, Lisboa, AAFDL Editora, 2011.

GARCIA, Ricardo Letizia. “O Déficit Público e a Inflação: O Estado Brasileiro como Gerador da Instabilidade Econômica”, in *Teoria do Endividamento Econômico*, Passo Fundo, vol. 3, n. 5, maio/1995, p. 59-78.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Introdução ao Estudo do Direito: teoria geral do direito: didática diferenciada*, 6 ed., Rio de Janeiro, Método, 2018.

GASPAR, Carlos. “Raymond Aron e as origens da Guerra Fria”, *Relações Internacionais*, n. 7, set. 2005.

GOLDMAN, Berthold. “Nouvelles Réflexions sur la Lex Mercatoria”, in *Festschrift Pierre Lalive*, Basel, Frankfurt a. M. 1993, at 241 et seq. Disponível no endereço: <http://www.trans-lex.org/112300> Acesso em: 13 jan. 2020 às 19:08 h., hora de Brasília.

GOLDMAN, Berthold. *Lex Mercatoria and Arbitration*, ed. Thomas E. Carbonneau, 1998, Juris Publishing, introduction, p. xix-xxii.

GONZAGA, Alvaro de Azevedo. *Direito natural e jusnaturalismo*, Tomo Teoria Geral e Filosofia do Direito, 1 ed., abr. 2017, cap. 1.1.

GUERRA, Sérgio Guerra. *Controle Judicial dos Atos Regulatórios*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005.

GURVITCH, Georges. *La Idea del Derecho Social*, Granada, Ed. Comares, 2005.

HARARI, Yuval Noah. *21 lições para o século 21*, tradução Paulo Geiger, 1 ed., São Paulo, Companhia das Letras, 2018.

HESPANHA, António Manuel. *Pluralismo jurídico e direito democrático: perspectivas do direito no século XXI*, Lisboa, Edição do autor, 2016.

HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Europeia, síntese de um milénio*, Coimbra, Almedina, 2012.

HESPANHA, António Manuel. *O Caleidoscópio do Direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje*, Coimbra, Almedina, 2007.

HOBBS, Thomas. *Leviatã: Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*, LeBooks Editora, 19 jun. 2019.

JUSTEN Filho, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 11 ed., São Paulo, Dialética, 2005.

KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*, tradução Edson Bini, Bauru (SP), Edipro/SP, 2003.

KANTOROWICZ, Hermann. *A luta pela ciência do direito*, apud ALVES, Sílvia, *Justiça e Direito: Textos da História do Pensamento Jurídico*, Lisboa, Quid Juris Sociedade Editora, 2016.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, tradução João Baptista Machado, São Paulo, Martins Fontes, 1999.

KEYNES, John Maynard. *Teoria Geral do Emprego, do Juro e da Moeda*, tradução Manuel Resende, Ed. Relógio D'Água, 2010.

KINGSBURY, Benedict; KRISCH, Nico e STEWART, Richard B. “A Emergência de um Direito Administrativo Global”, in BADIN, Michelle Ratton Sanchez (org.), *Ensaio sobre o direito administrativo global e sua aplicação no Brasil* [recurso eletrônico], São Paulo, FGV Direito/SP, 2016.

Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17512/Ensaio-sobre-o%20direito-administrativo-global.pdf> Acesso em: 9 jan. 2020 às 09:26 h., hora de Brasília.

LEVI, Alessandro. *Teoria generale del diritto*, Pádua, Cedam, 2 ed., 1953, p. 27, apud BOBBIO, Norberto, *Teoria da Norma Jurídica*, tradução Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti, 2 ed., EdiPro, 2003.

LÉVY-BRUHL, Henri. *Sociologie du Droit*, Paris, Universitaires de France, 1971.

LÉVY-BRUHL, Henri. *Sociologia do Direito*, tradução Antonio de Pádua Danesi, São Paulo, Martins Fontes, 2000.

LIMA, Iara Menezes Lima. “Escola da Exegese”, *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Brasil, vol. 97, pp. 105-122, 2008.

LIMA, Hermes. *Introdução à Ciência do Direito*, 3 ed., São Paulo, Cia Editora Nacional, 1937.

LIXA, Ivone Fernandes Morcilo. “Pluralismo Jurídico: Insurgência e Resignificação Hermenêutica” in WOLKMER, Antonio Carlos; VERAS NETO, Francisco Q. e LIXA, Ivone M. (orgs.), *Pluralismo Jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade*, 2 ed., São Paulo, Saraiva, 2013.

MACHADO, João Baptista Machado. *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimado*, Coimbra, Almedina, 1983.

MAGALHÃES, Manuel. “A evolução do direito prudencial bancário no pós-crise: Basileia III e CRD IV”, in CÂMARA, Paulo e MAGALHÃES, Manuel (coords.), *Novo Direito Bancário*, Almedina, 2012.

MATOS, Sidney Tanaka S. “Conceitos primeiros de neoliberalismo”, *Mediações*, vol. 13, n.1-2, pp. 192-213, jan./jun. e jul./dez. 2008.

MARKTANNER, Marcus e WINTERBERG, Jörg M. “Consenso de Washington x Economia Social de Mercado: O papel do Estado no desenvolvimento”, *Cadernos Adenauer X*, n. 3, pp. 37-65, 2009.

MARTÍNEZ, Pedro Mario Soarez. *Economia Política*, 11 ed., revista e actualizada, reimpressão, Coimbra, Almedina, 2017.

MENDES, João Castro Mendes. *Introdução ao Estudo do Direito*, Lisboa, edição revista pelo Prof. Miguel Teixeira de Sousa, Ed. Lisboa, 1994.

MENDES, Rodrigo Octávio Broglia. *Arbitragem, Lex Mercatoria e Direito Estatal: uma análise dos conflitos ortogonais no Direito Transnacional*, São Paulo, Quartier Latin, 2010.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, Tomo III: Estrutura Constitucional do Estado, 4 ed., Coimbra, Coimbra, 1998.

MIRANDA, Jorge. “Algumas Considerações sobre a Lei”, *Administração*, n. 40, vol. XI, 1998-2º.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, vol. II, Tomo III: Estrutura Constitucional do Estado, 1 ed., Coimbra, Coimbra, 2014.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*, Parte Geral, 12 ed., São Paulo, Saraiva, 1973.

MONTESQUIEU [1689-1755]. *Do Espírito das Leis*, tradução e notas Miguel Morgado, Edições 70, 2017. (Textos Filosóficos).

MOREIRA, Vital. *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*, Coimbra, Almedina, 1997.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. “O Estado e a economia na Constituição de 1988”, *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 26, n. 102, pp. 5-20, abr.-jun. 1989.

MOURA, D. Odilão. “A doutrina do direito natural em Tomás de Aquino”, *Jurisprudência Mineira*, Belo Horizonte, ano 55, n. 168, pp. 21-41, abr./jun. 2004.

MUÑOZ, Alberto Alonso. *Transformações na Teoria Geral do Direito: argumentação e interpretação do jusnaturalismo ao pós-positivismo*, São Paulo, Quartier Latin, 2008.

MUNHOZ, Dercio Garcia. “Inflação brasileira os ensinamentos desde a crise dos anos 30”, *Economia Contemporânea*, n. 1, pp. 59-87, jan.-jun. 1997.

NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*, 36 ed., Rio de Janeiro, Forense, 2014.

NASSER, Salem Hikmat. “Direito Global em Pedacos: Fragmentação, Regimes e Pluralismo”, *Revista de Direito Internacional*, vol. 12, n. 2, pp. 98-133, 2015.

OTERO, Paulo. “Fragmentação da Constituição Formal”, in MARTINS, Ives Gandra da Silva e CAMPOS, Diogo Leite de (coords.), *O Direito Contemporâneo em Portugal e no Brasil*, Coimbra, Almedina, 2004.

OLIVEIRA, Marcia Paixão Silva, Liziane e Rodrigues Bertoldi. “A Importância do *Soft Law* na Evolução do Direito Internacional”, *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, ano 1, n. 10, pp. 6.266-6.287, 2012. Disponível na revista do Centro de Investigação de Direito Privado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa no endereço: http://cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2012/10/2012_10_6265_6289.pdf Acesso em: 13 jan. 2020 às 19:28 h., hora de Brasília.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende de. *Licitações e Contratos Administrativos: Teoria e Prática*, 4 ed., Método, 2013.

PAULA, Jonatas Luiz Moreira de. *O Costume no Direito*, Campinas/SP, Bookseller, 1997.

PEREIRA, Áurea Pimentel. “A Obra de Criação do Direito pelo Juiz na Interpretação das Leis. Limites”, *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*, vol. 5, n. 18, pp. 104-112, 2002.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. “A Crise da América Latina: Consenso de Washington ou crise fiscal?”, *Pesquisa e Planejamento Econômico*, ano 21, n. 1, pp. 3-23, abr. 1991.

PIKETTY, Thomas. *O Capital no século XXI*, tradução Monica Baumgarten de Bolle, Rio de Janeiro, Intrínseca, 2014.

PORTO, Antonio Augusto Cruz. *Estado e Instituições Financeiras: intervenção, risco sistêmico e insolvência bancária*, São Paulo, Pillares, 2014.

PESSOA, Fernando. *Mensagem*, Jandira/SP, Ed. Ciranda Cultural, 2019.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*, tradução L. Cabral de Moncada, Coimbra, Ed. Coimbra, 1934.

REIS, José. *A Economia Portuguesa: Formas de Economia Política numa Periferia Persistente (1960-2017)*, Coimbra, Almedina, 2018.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*, 25 ed., 21 tiragem, Forense, 2001.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*, 19 ed., 1999; 3 tiragem, 2002, São Paulo, Saraiva,

RODRIGUES, Ricardo Alexandre Cardoso. “As fontes da nova *lex mercatoria*: o início de uma nova alquimia reflexiva: métodos e reflexos; fluxos e impulsos”, *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca*, vol. 10, pp.125-172, 12 dez. 2015.

SAMPAIO, Maria Teresa. *A Segunda Guerra Mundial*, ed. Biblioteca da Educação.

SANCHES, J. L. Saldanha. “Os IAS/IFRS como fonte de direito ou o efeito Monsieur Jourdain”, *Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco*, vol. II, pp. 187-215, Editora da Faculdade de Direito de Lisboa, 2006.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A Crítica da Razão Indolente: Contra o Desperdício da Experiência*, São Paulo, Cortez, 2001.

SANTOS, Karla Margarida Martins. *Cartéis internacionais: Uma abordagem dos mecanismos extraterritoriais de persecução*. Disponível em: <http://www.funag.gov.br/ipri/btd/index.php/10-dissertacoes/764-carteis-internacionais-uma-abordagem-dos-mecanismos-extraterritoriais-de-persecucao> Acesso em: 13 jan. 2020 às 19:45 h., hora de Brasília.

SAURA, Ángeles Galiana. “La expansión del Derecho flexible y su incidencia en la producción normativa”, *Anuario de Filosofía del Derecho – AFD*, vol. XXXII, pp. 297-322, 2016. ISSN: 0518-0872.

SCAFF, Fernando Facury. “A Constituição Econômica Brasileira em seus 15 anos”. *Boletim de Ciências Econômicas*, vol. XLVI, Coimbra, Faculdade de Direito, pp. 75-124, 2003.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. *Sobre o Autoritarismo Brasileiro*, Companhia das Letras, 2019.

SCURO NETO, Pedro. “Pluralismo Jurídico e Ordem Normativa: Tradições e Pontos Nodais”, in WOLKMER, Antonio Carlos; VERAS NETO, Francisco Q. e LIXA, Ivone M. (orgs.), *Pluralismo Jurídico os novos caminhos da contemporaneidade*, 2 ed., São Paulo, Saraiva, 2013.

SILVA FILHO, João Antonio. *A Era do Direito Positivo*, 2ª ed., Contracorrente, São Paulo 2019.

SIMÃO, José Luiz de Almeida e RODOVALHO, Thiago. “O Estado na promoção da igualdade material: A constitucionalidade das cotas raciais como critério para ingresso no Ensino Superior – ADPF 186/DF”, *Revista de Informação Legislativa*, ano 51, n. 202, abr./jun. 2014, Senado Federal do Brasil.

SIMÕES, Vânia Alexandra dos Santos. *O direito aplicável e a jurisdição internacionalmente competente no comércio eletrônico internacional: em especial, o business to business*. Dissertação apresentada como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito, Lisboa 2015, disponível no repositório eletrônico de trabalhos científicos da Universidade de Lisboa: http://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/32091/1/ulfd133269_tese.pdf Acesso em: 13 jan. 2020 às 19:47 h., hora de Brasília.

SMITH, Adam. *A Riqueza das Nações*, vol. I, Nova Cultural, 1988 (Os Economistas).

SOUSA, Fernando Freire de e CRUZ, Ricardo. *O processo de Privatizações em Portugal*, Porto, Associação Industrial Portuense, 1992.

SOUZA, Marcelo Ribeiro de. “A lei no Estado Contemporâneo”, *Legislação – Cadernos de Ciência de Legislação*, INA, n. 11, 1994.

TEODOROVICZ, Thomaz. “As teorias econômicas da regulação e a dicotomia entre regulação econômica e social”, *Revista Comercialista*, ano 3, vol. 12, pp. 56-70.

Disponível em:

https://www.academia.edu/10492256/As_Teorias_Econ%C3%B4micas_da_Regula%C3%A7%C3%A3o_e_a_Dicotomia_entre_Regula%C3%A7%C3%A3o_Econ%C3%B4mica_e_Social Acesso em: 13 jan. 2020 às 19:49 h., hora de Brasília.

TOMAZ, Roberto Epifanio; FERREIRA MONTE, Mario João e CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. “Nova Lex Mercatoria: Ordenamento Jurídico Supranacional (?)”, *Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica*, vol. 19, n. 4, Edição Especial, pp. 1.364-1.384, 2014. Disponível em:

<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/6709/3830> Acesso em: 13 jan. 2020 às 19:53 h., hora de Brasília.

VARELLA, Marcelo D. *Direito Internacional Público*, 6 ed., Saraiva, 2016.

VALÉRIO, Marco Aurélio Gumieri. “The alternative dispute resolutions and the search for social peace”, *RDPRIV*, vol. 69, set. 2016, p. 1. Disponível em

http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDPriv_n.69.01.PDF. Acesso em: 13 jan. 2020 às 19:55 h., hora de Brasília.

VICENTE, Dário Moura. *Da Arbitragem Comercial Internacional: Direito Aplicável ao Mérito da Causa*, Coimbra, 1990.

VICENTE, Dário Moura. *Portugal e a arbitragem internacional*, Janus, 2004,

Disponível em: http://www.janusonline.pt/arquivo/2004/2004_3_2_5.html Acesso em: 13 jan. 2020 às 19:59 h., hora de Brasília.

VIDIGAL, Erick Vidigal. “A *Lex Mercatoria* como fonte do direito do comércio internacional e a sua aplicação no Brasil”, *Revista de Informação Legislativa*, n. 186, vol. 47, Senado Federal brasileiro, 2010.

WOLKMER, Antonio Carlos. “Pluralismo jurídico, direitos humanos e interculturalidade”, *Revista Sequência*, n. 53, pp. 113-128, dez. 2006.

WOLKMER, Antonio Carlos; VERAS NETO, Francisco Q. e LIXA, Ivone M. (orgs.), *Pluralismo Jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade*, 2 ed., São Paulo, Saraiva, 2013.